Die Nacherbschaft

nach

dem schweizerischen Zivilgesetzentwurfe.

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

hohen juristischen Fakultät zu Freiburg i. Ue.

vorgelegt von

Adolph Suter, lic. jur.

von Muotathal (Schwyz).

FREIBURG (Schweiz)

ST. PAULUS-DRUCKEREI

1908

Die Nacherbschaft

nach

dem schweizerischen Zivilgesetzentwurfe.

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

hohen juristischen Fakultät zu Freiburg i. Ue.

vorgelegt von

Adolph Suter, lic. jur.

von Muotathal (Schwyz).

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

FREIBURG (Schweiz)

ST. PAULUS-DRUCKEREI

1908

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41545307_0072

INHALTSVERZEICHNIS

Seite

EINLEITUNG. Bedürfnis zur Einsetzung eines Nacherben mit Hinweis auf die geschichtliche Entwicklung 1–7

AUSFÜHRUNG.

A. Begriff der Nacherbschaft.

I. *Definition der Nacherbschaft nach Art. 492, Abs. 1* . 9–17

1. Beteiligte Personen 10
2. Requisit eines Zwischenzeitpunktes 11
3. Verpflichtung zur Auslieferung 13

II. *Juristische Natur der Nacherbschaft* 18–28

1. Die Nacherbschaft als eine bedingte Erbeinsetzung . 18

a) Die condicio juris bei der Nacherbschaft 19
b) Die gewillkürte Bedingung bei der Nacherbschaft . 20
c) Die ausdrückliche hinzugefügte Bedingung und der Termin bei der Nacherbschaft 20

2. Zulässigkeit der Bedingung bei der Erbeinsetzung . 21

a) unsittliche und rechtswidrige Bedingung . . . 22
b) lästige, zwecklose und unsinnige Bedingung . . 24
c) unmögliche Bedingung 24
d) condicio non faciendi 25

3. Allgemeine Wirkungen der Bedingung 25

a) bei Eintritt der Bedingung 26
b) bei Nichteintritt der Bedingung 26

α) Verhinderung des Eintritts 27
β) Vollziehung der Bedingung bei Nichteintritt derselben 27

Seite

III. *Abgrenzung der Nacherbschaft von andern Rechtsinstituten* 29–38

1. Die Nacherbschaft im Verhältnis zur gewöhnlichen Erbschaft 29

a) Die condicio juris bei der gewöhnlichen Erbschaft und die Bedingung bei der Nacherbschaft . . . 29
b) Gilt im Zweifel gewöhnliche oder Nacherbschaft angeordnet ? 30

2. Die Nacherbschaft im Verhältnis zur Ersatzerbschaft 31

a) Unterschied 31
b) welche gilt im Zweifel angeordnet ? 31
c) Der Nacherbe als Ersatzerbe. (Art. 496, Abs. 3.) . 32

3. Die Nacherbschaft im Verhältnis zur Nutznießung 33

a) Unterschied 34
b) welche gilt im Zweifel angeordnet ? 34

4. Die Nacherbschaft im Verhältnis zum Erbschaftsvermächtnis. (Kann der Erblasser dem Nacherben lediglich ein Forderungsrecht geben ?) 36

5. Die Nacherbschaft im Verhältnis zu einem Veräußerungsverbot 37

a) von Todeswegen 37
b) Veräußerungsverbot überhaupt (von Todeswegen und unter Lebenden) 38

B. Begründung der Nacherbschaft 39–55

I. *Begründung in Bezug auf die äußere Form* 39–41

1. Einsetzung durch Testament 39
2. Einsetzung durch Erbvertrag 39

II. *Begründung in Bezug auf die konkludente Willenserklärung des Erblassers* 41

1. Effektive Nacherbschaft 41
2. Konstruktive Nacherbschaft 42

Seite

a) Einsetzung unter Suspensivbedingung 42

α) regelmäßiger Fall 42

α_1) Eintritt der gesetzlichen Erben des Erblassers 43

β_1) Ausschlagung und Ausschluß der gesetzlichen Erben 43

γ_1) Der Nacherbe als gesetzlicher Erbe . . . 44

δ_1) Erbenqualität der gesetzlichen Erben . . . 45

β) Einsetzung eines nondum conceptus und verwandte Fälle 46

α_1) nondum conceptus. (Vorkommen, Zulässigkeit, prakt. Anwendungsgebiet.) 46

β_1) verwandte Fälle 49

α_2) Durch ein zukünftiges, ungewisses Ereignis bestimmte Person 49

β_2) Einsetzung einer noch nicht existenten juristischen Person 50

b) Einsetzung unter Resolutivbedingung 52

Treten ein { α) Die gesetzl. Erben des Erblassers oder / β) » » » » Vorerben ? } 52

C. Begrenzung der Nacherbschaft. 56–77

I. *Begrenzung bezüglich des Umfanges* 56–62

1. In Bezug auf die disponible Quote 56

a) Allgemein 56

b) Darf der Erblasser den Pflichtteil des Vorerben mit einer Nacherbschaft beschweren ? 57

c) Darf der Erblasser durch Einsetzung eines Vorerben dem Nacherben den Pflichtteil zeitweise entziehen ? 58

2. Hat der Vorerbe ein Abzugsrecht (ähnlich der Quarta Falcidia) ? 59

3. Sind nachgeborne Nachkommen des Vorerben geschützt ? 60

II. *Begrenzung bezüglich des Grades* 62–67

1. Beschränkung auf einen Grad 62

2. Dadurch nicht berücksichtigte Fälle 64

3. Umgehungsmöglichkeit der Beschränkung auf 1. Grad durch den Erblasser 66

Seite

D. Zeitliches Verhältnis zwischen Vor- und Nacherbschaft 68–77

I. *Bei der Erbeinsetzung im allgemeinen* 68–72

1. Regelfall (Tod des Vorerben, Art. 493, Abs. 1.) . . 68
2. Vom Erblasser bestimmter Auslieferungszeitpunkt . 69
3. Unmöglichkeit des Eintritts des Auslieferungszeitpunktes 69
4. Requisit des Erlebens des Auslieferungszeitpunktes . 70

II. *Bei der Einsetzung eines nondum conceptus* 72–77

1. Geburt als Auslieferungszeitpunkt 72
2. Rückbezug auf den Moment der Zeugung 75
3. Mehrere successiv aufeinander folgende nondum concepti 76

E. Rechtliche Stellung des Vor- und Nacherben bis zum Eintritt des Nacherbfalles. 78–133

I. *Voranfall der Erbschaft* 78–86

1. Kurze Einleitung 78
2. Begriff des Voranfalls 79
3. Vererbung und Veräußerung der Anwartschaft des Nacherben 80
4. Juristischer Charakter der Anwartschaft 84

II. *Erwerb und Ausschlagung der Erbschaft durch den Vorerben* 86–92

1. Erwerb 86

a) Annahme (regelmäßiger Fall) 86
b) Annahme unter öffentlichem Inventar 87
c) amtliche Liquidation der Erbschaft 87

α) auf Begehren des Vorerben 87
β) auf Begehren der Erbschaftsgläubiger 88

2. Ausschlagung der Erbschaft 88

a) durch den Vorerben 88
b) durch die Erben des Vorerben 89
c) successive Delation 90
d) Ausschlagung in fraudem creditoris 91

Seite

III. *Mittel zur Sicherung der Rechte des Nacherben* . . . 93–99

1. Einfaches Inventar 93
2. « Sicherstellung ». (Art. 494, Abs. 2.) 94
   a) durch den Vorerben selbst 94
   b) durch dessen Erben 96
3. Obrigkeitliche Erbschaftsverwaltung 97
   a) Erbschaftsverwaltung allein 97
   b) Erbschaftsverwaltung neben der « Sicherstellung » 97

IV. *Rechte und Pflichten des Vorerben nach Auslieferung der Erbschaft an ihn* 99–131

1. Verwaltungsrecht und Verwaltungspflicht des Vorerben 99
   a) Verwaltungsrecht 99
   b) Verwaltungspflicht 100
      α) Feststellung derselben 100
      β) Diligenz bei Ausübung dieser Pflicht 102
      γ) Pflicht zur Tragung von Lasten 103
         α_1) gewöhnliche Lasten 104
         β_1) Vermächtnisse 106
         γ_1) Erbschaftsschulden 107
            α_2) Beschränkung seiner Haftung 107
            β_2) Haftung bei vorbehaltloser Annahme . . 108
2. Verfügungsrecht des Vorerben 110
   a) Verfügungen unter Lebenden 110
      α) allgemein 110
         α_1) mit Rücksicht auf sein bedingtes Recht . . 110
         β_1) hat die « Sicherstellung » Einfluß auf das Verfügungsrecht ? 113
         γ_1) Verfügungsrecht bei Befreiung von jeder Sicherstellung, von jeder Verfügungsbeschränkung, sowie beim Fideikommiß auf den Überrest . 114
      β) Verfügungen über Grundstücke 116
         α_1) Veräußerungen der Grundstücke 117
            α_2) ohne Vormerkung im Grundbuche . . . 117
            β_2) mit Vormerkung im Grundbuche . . . 118
         β_1) Belastungen der Grundstücke 120
      γ) Verfügungen über zur Erbschaft gehörende, grundpfandversicherte Forderungen 122

Seite

α_1) Abtretung derselben 122
β_1) Verpfändung, einseitige Ablösung, Kündigung 123
δ) Verfügungen über die Erbschaft als Ganzes . . 125
α_1) Veräußerungen 125
α_2) der noch nicht angefallenen Erbschaft . 125
β_2) der angefallenen Erbschaft 125
α_3) als Miterbe 125
β_3) als Alleinerbe 126
β_1) Verpfändungen 127
b) Verfügungen von Todes wegen 128
α) durch Erbeinsetzung 128
β) durch Vermächtnisse 130
V. *Entzug der Erbschaft auf dem Wege der Zwangsvollstreckung* 131–133
1. Bei mobilen Gegenständen, Forderungen und nicht vorgemerkten Grundstücken 131
2. Bei vorgemerkten Grundstücken 132

F. Rechtliche Stellung des Vor- und Nacherben nach Eintritt des Nacherbfalles 134–153

1. Ipso-jure Wirkung des Nacherbfalles 134–137
a) allgemein 134
b) Übergang des Besitzes 136
2. Annahme und Ausschlagung durch den Nacherben . 137–143
a) Annahme 137
b) Ausschlagung 138
c) öffentliches Inventar und amtliche Liquidation . . 142
3. Herausgabe der Erbschaft 143–153
a) allgemein 143
α) Herausgabe in Specie 143
β) gegenseitige Ersatzansprüche 145
b) Herausgabe kraft Surrogation 147
α) rechtsgeschäftliche Surrogation 147
β) nicht rechtsgeschäftliche Surrogation 149
γ) Surrogation beim Fideikommiß auf den Überrest 151
c) Herausgabe ohne Surrogation 152

EINLEITUNG [1]

Es gibt hauptsächlich zwei Gruppen von Fällen, in denen für einen Erblasser das Bedürfnis vorliegen kann, seinem zunächst berufenen Erben einen Nacherben zu bestellen. Es kann nämlich einmal vorkommen, daß er den Nachlaß einem Erstberufenen zwar zuwenden will, dabei aber verhindern möchte, daß, sei es durch gesetzliche Erbfolge, sei es durch Verfügungen des zunächst Berufenen unter Lebenden oder von Todes wegen, Personen begünstigt werden, die ihm (dem Erblasser) nicht genehm sind. In andern Fällen hat der Erblasser im Gegenteil den Nachberufenen im Auge und die Vorberufung eines Erben dient ihm nur als Mittel zum Zweck, als ein unumgängliches Provisorium [2].

Zur ersten Gruppe gehört vor allem der Fall, da der kinderlose Erblasser zwar seinen überlebenden Ehegatten [3] zum alleinigen Erben einsetzt, aber nicht wünscht, daß beim Tode des Eingesetzten dessen Verwandtschaft, die ihn wenig

[1] Wenn wir im Folgenden den Entwurf ohne weitere Angabe zitieren, so ist darunter immer verstanden: « die Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Bundesgesetz enthaltend das schweizerische Zivilgesetzbuch » vom 28. Mai 1904.

[2] Cf. Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1899, Bd. 3, S. 165. Mielke: « Universalfideikommiß und Nacherbschaft », Leipzig, 1901, S. 13.

[3] Nach Art. 470, Abs. 2 erhielte da der überlebende Ehegatte bei Vorhandensein von Erben des elterlichen bezw. großelterlichen Stammes nur einen Viertel bezw. die Hälfte zu Eigentum, den Rest bloß zur Nutznießung.

interessiert, die Erbschaft erhalte, sondern daß diese an seine eigenen gesetzlichen Erben wieder zurückfalle. Das Bedürfnis, diesfalls Zuflucht zu einer Nacherbeneinsetzung zu nehmen, wird dadurch, daß der überlebende Ehegatte, soweit ihm die Nutznießung zusteht, an deren Stelle eine jährliche Rente von entsprechender Höhe verlangen kann (Art. 471), nicht für alle Fälle beseitigt. Mit einer bloßen Rente ist dem überlebenden Ehegatten überall da nicht gedient, wo er geschäftstüchtig ist und so über die bloße Nutzung eventuell die Rente hinaus einen beträchtlichen, ihm verbleibenden Geschäftsgewinn erzielen könnte. Bei einem solchen Tatbestande kann durch Nacherbeneinsetzung in einfacher Weise geholfen werden.

Oder ein anderer Fall: Der Erblasser trägt Bedenken, die Erbschaft seinem Erben zur unbeschränkten Verfügung zu überlassen. Die Gründe dieser Bedenken können sehr verschiedenartig sein. Der Erbe besitzt vielleicht nicht die nötigen Fähigkeiten, oder den erforderlichen Ernst, um die Erbschaft ordnungsgemäß zu verwalten und zu erhalten; Gleichwohl will ihn der Erblasser weder unter Vormundschaft gestellt wissen, noch möchte er ihn mit bloßer Nutznießung bedenken. Den Zweck, durch Beschränkung der Verfügungsfreiheit auf den Erben erzieherisch einzuwirken, kann der Erblasser sehr wohl erreichen auf dem Wege der Nacherbeneinsetzung. Diese kann gerade deshalb, weil der Vorerbe zur Sicherstellung des Nacherben verpflichtet (Art. 494, Abs. 2) und in der Verfügung über die Erbschaftssachen zum Teil beschränkt ist [1], eine Wohltat nicht bloß für den Nacherben, sondern auch für den Vorerben selbst werden.

Der hauptsächlichste Fall der zweiten Gruppe besteht in der Einsetzung einer beim Tode des Erblassers noch nicht lebenden Person [2]. Die Zulässigkeit einer solchen Erbeinsetzung

[1] Cf. S. 110 ff.
[2] Cf. Art. 546.

entspricht durchaus der Billigkeit. Setzt X. die Kinder seines Freundes Y. zu Erben ein, so ist es vermutlich der Wille des Erblassers, daß nicht bloß die bereits lebenden Kinder des Y. die Erbschaft teilen, sondern daß alle, auch die erst später gezeugten, gleichberechtigt seien [1]. Es läßt sich auch der Fall anführen, daß der Erblasser einen Erben zwar nicht gerade enterben möchte, obwohl Gründe dazu vorhanden wären, ihn aber dennoch zur Strafe vom vollen Genuß und der freien Verfügung über die ganze Erbschaft auf Lebenszeit oder für kürzere Dauer ausschließen möchte. Setzt er einen Dritten zum Vorerben, den eigenen Intestaterben resp. dessen Erben zu Nacherben ein, so läßt sich sein Zweck einfach und sicher erreichen. Dabei kann er, wie in Art. 496, Abs. 2 angedeutet ist, einer eventuellen Vererbung der Erbschaft auf die Erben des Vorerben durch ausdrücklich gegenteilige Verfügung vorbeugen.

Ein besonders hervortretendes Bedürfnis zur Einsetzung eines Nacherben zeigt sich aber allgemein dann, wenn ein Erbe unter einer Suspensivbedingung eingesetzt wird. Wer soll nun Erbe sein, bis sich für den eingesetzten Erben die Bedingung erfüllt? Nimmt man an, die gesetzlichen Erben — und was liegt näher? — so hat man die Nacherbschaft. Wohl könnte durch Zuwendung eines Nießbrauchs ein wirtschaftlich wenigstens ähnlicher Effekt erzielt werden, allein der Nießbraucher ist eben nicht Erbe, dessen Vorhandensein zur Vermeidung eines herrenlosen Nachlasses durchaus notwendig ist.

Die aus diesen verschiedenartigen Fällen sich ergebende Notwendigkeit, eine mehrfache Succession in ein Vermögen anzuerkennen, kam auch in den meisten bisherigen Rechten in dieser oder jener Form zum Ausdruck. Schon das römische Recht [2] mußte — trotz dem Satze: semel heres, semper

[1] Vergl. unsere späteren Ausführungen, S. 46.

[2] Cf. Brinz, Lehrbuch der Pandekten, 2. Auflage, 1886, 3. Bd., § 430, S. 442. Dernburg, Pandekten, Berlin, 1897, 5. Auflage, Bd. 3,

heres — dem Bedürfnis dadurch Rechnung tragen, daß der Erstberufene als eigentlicher Erbe verpflichtet werden konnte, die ganze Erbschaft einem Zweitberufenen zu überliefern. Da aber eine successive Delation der Erbschaft an mehrere Erben nicht gestattet war, so war der Zweitberufene, der Universalfideikommissar, bloßer Vermächtnisnehmer und hatte als solcher ein Recht auf Aushändigung der Erbschaftsaktiva durch den Erstberufenen, den Fiduziar, jedoch keine Pflicht auf Übernahme der Erbschaftspassiva. Diesen Vermächtnischarakter des sogenannten Universalfideikommisses hat das römische Recht auch in seiner Entwicklung nicht mehr abgestreift. Zwar brachte das Senatusconsultum Trebellianum noch einen Fortschritt mit der Bestimmung, daß mit der Abtretung der Erbschaft auch die Klagen aktiv und passiv auf den Universalfideikommissar übergehen sollen. Dadurch wurde die Stellung des Letzteren der eines wahren Erben genähert. Er wurde heredis loco, d. h. dem tatsächlichen Resultate nach Erbe ; allein rechtlich blieb der Fiduziar auch nach der Restitution Erbe [1].

Auf einfacherem Wege als das römische Recht, trugen neuere Kodifikationen dem Bedürfnis mehrfacher Succession in ein Vermögen Rechnung. Sie verwerfen den Grundsatz : « semel heres, semper heres », unter direkter Anerkennung eines zeitlich begrenzten Erbrechts. So das preußische allgemeine Landrecht [2], das österreichische bürgerliche Gesetz-

S. 247 ff. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Frankfurt a./M., 8. Auflage, 1901, § 662, Anm. 1, S. 667. Vering, Römisches Erbrecht, Heidelberg, 1861, S. 668.

[1] Zog der Fiduziar aber die Quarta Falcidia ab, so kehrte man notgedrungen, weil das Viertel nicht einem Erben, sondern nur einem Vermächtnisnehmer abgezogen werden konnte, zum vortrebellianischen Rechte zurück. Justinian verordnete, daß in allen Fällen ex Trebelliano zu restituieren sei, so daß also der Fiduziar rechtlich immer Erbe blieb, während faktisch ihm die Erbenstellung nur zu $^1/_4$, dem Fideikommissar hingegen zu $^3/_4$ zukam.

[2] A. L. R. I. 12, § 466-477.

buch [1], das sächsische [2] bürgerliche Gesetzbuch und das bayrische [3] Landrecht. Scheinbar ganz ablehnend gegenüber der fideicommissarischen Substitution verhält sich der Code civil français, da er in Art. 896 bestimmt : « Les substitutions sont prohibées. Toute disposition par laquelle le donataire, l'héritier institué, ou le légataire sera chargé de conserver et de rendre à un tiers, sera nulle, même à l'égard du donataire de l'héritier institué, ou du légataire. » Trotzdem macht auch der C. c. fr. von der Regel des Art. 896 Ausnahmen [4], die einen großen Teil des praktischen Anwendungsgebietes der fideikommissarischen Substitution überhaupt erschöpfen. So läßt er mehrfache Succession zu bei Verfügungen der Eltern gegenüber ihren Kindern zu Gunsten der Enkel (Art. 1048), sowie bei Verfügungen eines kinderlosen Erblassers gegenüber seinen Geschwistern zu Gunsten der Kinder derselben (Art. 1049). Gleich wie im französischen Recht ist die fideikommissarische Substitution behandelt in Genf und Berner Jura [5]. (C. c., Art. 896, 1048 ff.). Eine weitergehende Regelung widmen ihr die Kantone Waadt (C. c., Art. 686 ff.), Wallis (C. c., Art. 725 ff.), Freiburg (C. c., Art. 833 ff.) und Tessin (C. c., Art. 513 ff.). Von den deutschen Kantonen ist sie zugelassen und geregelt in Bern (Satz. 578 ff.), Solothurn (C. G., § 565 ff.), Aargau (P. G., Art. 947 ff.), Zürich (P. G., Art. 1017), Schaffhausen (P. G., Art. 945), Thurgau (Erbgesetz, § 76), Zug (P. G., Art. 351), Basel-stadt (Erbgesetz, § 69) und St. Gallen (Art. 107 ff. des

[1] Österreich. B. G. B., §§ 608-614.

[2] Sächs. B. G. B., §§ 2005, 2503 bis 2524.

[3] Bayr. L. R. III, 2, § 19, Nr. 1, III. 9.

[4] In den Art. 1048 und 1049 mit näherer Regelung in den Art. 1050-1054; vergl. auch Schäffner: Geschichte der Rechtsverfassung Frankreichs, Bd. II, S. 419; Bd. III, S. 298. Viollet: « Histoire du droit français », Paris, 1886, S. 757 ff.

[5] Für das schweizerische Recht cf. Huber: System und Geschichte des schweizer. Privatrechtes, II. Band, Basel, 1888, S. 245 ff.

Erbgesetzes). Nur als Familienfideikommiß ist sie erwähnt und beschränkt in Glarus [1], Nidwalden (B. G., § 246) und Graubünden (P. G., § 514). Schlechtweg verboten ist sie in Neuenburg (C. c., Art. 663) und Luzern (C. G., § 443) und gar nicht erwähnt in Schwyz, Uri, Obwalden, Baselland und beiden Appenzell.

Die letzte der größeren Kodifikationen, das deutsche bürgerliche Gesetzbuch, hat die Nacherbschaft im Anschluß und mit Rücksicht auf das in Deutschland damals geltende Recht [2] aufgenommen, ihr aber eine Bedeutung beigelegt, wie keines seiner Vorbilder es getan hatte. Während die meisten Gesetze in Bezug auf das Verhältnis zwischen Vor- und Nacherbe die Nießbrauchsregeln für anwendbar erklären oder die juristische Konstruktion mit wenig Worten abtun, gibt das deutsche B. G. B. der Nacherbschaft in den §§ 2100 bis 2146 eine sehr ausführliche, vom römischen Recht abweichende und im modernen Geist gehaltene Ausgestaltung.

An diese Rechte schließt sich nun zeitlich der Entwurf an. Er legt zwar der Nacherbschaft bei weitem nicht [3] die Bedeutung bei, wie das deutsche B. G. B., verweigert ihr aber die Aufnahme, wenn auch in einem bescheidenen Rahmen der Ausgestaltung (Art. 442-446), wegen der mannigfaltigen Bedürfnisse, sowie auf Grund der Tatsache, daß sie bereits in einem weiten Gebiete der Schweiz geltendes Recht ist, dennoch nicht ganz. Auch bei den Beratungen in der Bundesversammlung [4] ist man durchaus der Meinung gewesen, daß

[1] Wo durch Beschluß der Landsgemeinde vom 6. Mai 1875 « Blutzug oder fideikommißähnliche Verhältnisse » aufgehoben wurden.

[2] Cf. Motive zum Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, Berlin und Leipzig, 1888, Bd. V, S. 79.

[3] Vergl. Erläuterungen zum Teilentwurf von 1895, S. 150, sowie diejenigen zum Vorentwurf von 1900, S. 75.

[4] Cf. Stenographisches Bulletin 1905, S. 1383 (Votum Rossel), 1906, S. 191 (Votum Hoffmann).

es Verhältnisse gebe, in denen eine Substitution sehr wohltätig wirken könne. Dagegen hat sich auch keine einzige Stimme der Kritik erhoben. Außerhalb der Räte fehlte es allerdings nicht an Ansichten, besonders von Juristen aus der welschen Schweiz [1], welche die Notwendigkeit eines derartigen Institutes im Entwurf bezweifelten, dessen konkrete Ausgestaltung anfochten und meinten, die Schwierigkeiten und Kompliziertheiten, die dasselbe darbiete, wögen dessen Wert bei weitem auf. Wir werden im Verlaufe unserer Abhandlung noch auf einige dieser Bedenken zurückkommen.

[1] Cf. Martin: Code civil suisse. Des Successions; Exposé du livre III de l'Avant-Projet. Genève, S. 42-43. Protokoll der Expertenkommission, II. Bd., S. 569. Mentha: Avant-Projet du Code civil suisse, Chaux-de-Fonds, 1901, S. 47.

A.

Begriff der Nacherbschaft.

I. Definition.

Art. 492, Abs. 1 bestimmt :

« Der Erblasser ist befugt, in seiner Verfügung den eingesetzten Erben als Vorerben zu verpflichten, die Erbschaft einem Andern als Nacherben auszuliefern [1] ».

Wie man sieht, sagt der Entwurf nicht, was Nacherbschaft ist, sondern begnügt sich mit einer Erklärung der Zulässigkeit. Es geschieht dies in Übereinstimmung damit, daß der schweizerische Gesetzgeber überhaupt davon absieht, die sonst wohl häufigen Definitionen von Erbschaft, Erbe und Erblasser in das Gesetz aufzunehmen, sondern vielmehr ihre Bedeutung als bekannt voraussetzt [2]. Es ist aber trotzdem möglich, für die Nacherbschaft eine Definition aus Art. 492, Abs. 1, heraus zu konstruieren. Darnach bezeichnen

[1] Der Teilentwurf von 1895 hatte in Art. 442, Abs. 1 die Nacherbschaft folgendermaßen umschrieben :

« Der Erblasser ist befugt, in seiner letztwilligen Verfügung den eingesetzten Erben als Vorerben zu verpflichten, die Erbschaft auf einen genannten Zeitpunkt einem Andern als Nacherben auszuliefern ».

[2] Cf. Erl. z. Teilentwurf von 1895, S. 140 und zum Vorentwurf von 1900, S. 58.

wir als Nacherbschaft [1] « diejenige Verfügung, worin der Erblasser den eingesetzten Erben verpflichtet, die Erbschaft einem Andern auszuliefern. »

Der Wille des Erblassers muß also darauf gerichtet sein, den Erstberufenen zu verpflichten, dem Zweitberufenen auszuliefern, mit anderen Worten : er muß die ganze Verfügung umfassen [2]. Wie wir aber später noch sehen werden, ist diese Definition nicht umfassend genug, da der Wille des Erblassers nicht notwendig auf die ganze Verfügung gerichtet sein muß, sondern es genügend ist, wenn er auf einen Teil derselben sich erstreckt [3].

Auf alle Fälle ist nach dieser Definition erfordert, daß bei der Nacherbschaft zum mindesten drei beteiligte Personen vorhanden seien : ein Erblasser, der die Verfügung errichtet, ein erstberufener Erbe, an den die Erbschaft zunächst fällt, sowie ein Zweitbedachter, an den der Erstberufene die Erbschaft auszuliefern die Pflicht hat. Es können aber auch mehr als bloß drei Personen beteiligt sein.

[1] Nacherbschaft wird hier, in Übereinstimmung mit der in der Literatur gebräuchlichen Ausdrucksweise, im Sinne von : « Einsetzen eines Nacherben », « Nacherbeneinsetzung » gebraucht. Der Entwurf bezeichnet die Nacherbschaft ausschließlich mit « Nacherbeneinsetzung ». Cf. Art. 494, Abs. 1, 546, Abs. 1 u. Erl. z. Vorentw. v. 1900, S. 75.

[2] Ähnlich Österreich B. G. B., § 608 : « Der Erblasser kann seine Erben verpflichten », etc.

Preußisches A. L. R. I 12, § 53 : « wenn dem zunächst eingesetzten Erben oder Legatario die Pflicht auferlegt worden, die Erbschaft oder das Vermächtnis in den bestimmten Fällen oder den angegebenen Bedingungen einem Andern zu überliefern ». Code civil français, A. 1048 : « avec la charge de rendre », etc.

[3] Vergl. unsere Ausführungen, S. 41 ff. Eine einheitliche Definition enthält das deutsche B. G. B. in § 2100, wonach Nacherbe derjenige ist, welcher Erbe wird, « nachdem zunächst ein Anderer Erbe geworden ist ». Cf. Hachenburg : « Studien zum Erbrecht des Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches », Heft I : « Die Einsetzung eines Nacherben », Mannheim, 1895, S. 6. Strohal : « Das deutsche Erbrecht », I. Band, 3. Auflage, Berlin, 1903, S. 163 ff.

Es ist dem Erblasser gestattet, eine beliebige Anzahl als Erben zu berufen, sei es an erste oder an zweite Stelle. Auch die Einsetzung einer juristischen Person ist durchaus zulässig [1]. Es besteht diesbezüglich bei der Nacherbeneinsetzung kein Unterschied von der gewöhnlichen Erbeinsetzung. Ein Unterschied besteht bloß bezüglich der Erbfähigkeit des Zweitberufenen, indem dieser beim Tode des Erblassers noch nicht rechtsfähig zu sein braucht [2]. Bezüglich der Benennung dieser Personen folgt der Entwurf der neuern Terminologie [3]. Der erstberufene Erbe, der Fiduziar, heißt Vorerbe (grevé), der nachberufene, der Fideikommissar, Nacherbe (appelé) [4].

Wenn demnach mindestens zwei Personen vom Erblasser berufen sein müssen, so fragt es sich, in welcher Stellung Vor- und Nacherbe zu einander sich befinden. Sind sie neben einander oder hinter einander berufen? Eine Berufung der beiden Erben neben einander wäre mit der gewöhnlichen Erbeinsetzung identisch, und würde sie sich für beide auf das Ganze erstrecken, so wäre sie den Denkregeln zuwider [5]. Sie müssen deshalb hinter einander berufen sein und zwar in

[1] Art. 540. Sten. Bull. 1906, S. 250 ff. Protokoll der Expertenkommission, S. 569 (Votum Loretan).

[2] Vergl. weiter unten S. 46 ff., Art. 546, Abs. 1.

[3] Das sächsische B. G. B., § 2503 ff. nennt den Nacherben « Anwärter ».

[4] Cf. 3. « Rapport présenté au Conseil d'Etat du canton de Vaud, par la commission chargée par lui d'examiner l'Avant-Projet du Code civil suisse ». Lausanne, 1904, S. 22 wo man frägt: « Pourquoi ne pas parler de l'institué et du substitué et inventer le terme de « grevé » et d'appelé, qui ne sont guère français »? Dagegen wandte sich Professor Rossel in einer Eingabe an d. Justiz Dep., darauf hinweisend, daß diese Ausdrücke auch im Code civil Art. 1050, 1051, 1053. 1054 gebraucht seien. Martin, l. c., S. 41-42 bezeichnet den Vorerben auch mit « Avant-héritier », den Nacherben mit « Arrière-héritier ».

[5] Motive zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, l. c. S. 80.

der Weise, daß trotzdem beide die Erbschaft des Erblassers erwerben, also der Nacherbe nicht Erbe des Vorerben wird [1]. Diese successive Berufung hat aber zur notwendigen Voraussetzung, daß zwischen dem Anfall der Erbschaft an den Vorerben und demjenigen an den Nacherben eine Zwischenzeit sich einschalte, während welcher der Vorerbe Erbe ist [2]. Der Teilentwurf von 1895 hatte diesem Erfordernis noch speziell in Art. 442, Abs. 1 dadurch Ausdruck verliehen, daß er bestimmte, der Vorerbe sei verpflichtet, die Erbschaft auf einen genannten Zeitpunkt einem andern auszuliefern. Wenn die beiden folgenden Entwürfe eine solche Bestimmung nicht mehr für nötig erachteten, so geschah dies mit gutem Grund; denn abgesehen davon, daß ein Zeitpunkt der Auslieferung ohnehin vermutet wird, auch wenn er nicht genannt ist [3], so scheint es doch selbstverständlich zu sein und schon aus dem Begriff Vor- und Nacherbe zur Genüge hervorzugehen, daß, wenn der Vorerbe verpflichtet ist, herauszugeben, er nicht an einem Zeitpunkt herauszugeben hat, der mit dem Tode des Erblassers zusammenfällt. Das Requisit einer Zwischenzeit geht übrigens auch aus der Zulässigkeit der Ersatzerbschaft hervor. (Art. 491.) Wie groß jedoch im Minimum dieser Zwischenzeitraum sein muß, ist im Entwurf nicht bestimmt [4]. Dies dürfte sich je nach den Umständen entscheiden. Es kann Fälle geben, wo speziell für den Vorerben [5] ein wesentliches Interesse besteht, auch nur für kurze

[1] Cf. Erl. z. Vorentwurf, S. 76. Herzfelder: in «J. v. Staudingers Kommentar zum bürgerl. Gesetzbuch, 2. Auflage, München, 1904, S. 367, Anm. 1 zu § 2100.

[2] Planck: Das B. G. B. nebst Einführungsgesetz 1. und 2. Aufl., Berlin, 1901, Bd. V, S. 273. Herzfelder, l. c., S. 371.

[3] Art. 493, Abs. 1.

[4] Auch das deutsche B. G. B. schweigt darüber (cf. § 2103).

[5] Ein solches Interesse kann auch der Erblasser selbst haben, so z. B. wenn sich der Nacherbe bei potestativer Suspensivbedingung sofort zu entscheiden hat.

Zeit in die Lücke treten zu können, abgesehen davon, daß er durch den inzwischen eintretenden Tod des Nacherben möglicherweise in definitiver Erbenstellung verbleiben könnte. Es wäre deshalb durchaus nicht am Platze, wollte man diesfalls die suspensive Bedingung oder Befristung, unter welcher der Vorerbe eingesetzt ist, als zwecklos oder unsinnig streichen. (Art. 486, Abs. 3.) Ohne Bedenken dürfte man dies aber tun, wenn der Erblasser den Vorerben verpflichten würde, die Erbschaft sofort nach seinem Tode herauszugeben : denn in diesem Falle wäre es zwecklos, den Vorerben in den Rechtsnexus hineinzuziehen. Soll der Nacherbe sofort nach dem Tode des Erblassers Erbe werden, so steht dem Erblasser die gewöhnliche Erbeinsetzung oder aber die Ersatzerbschaft zur Verfügung [1]. (Art. 491.)

Zum Begriff der Nacherbschaft gehört ferner die Pflicht zur Auslieferung : denn Art. 492, Abs. 1 bestimmt, daß der Vorerbe verpflichtet sei, die Erbschaft auszuliefern. Was für einen juristischen Charakter hat aber diese Verpflichtung des Vorerben ? Das Naheliegendste wäre, ihr obligatorische Natur beizumessen. Allein schon daraus, daß der Zweitberufene Erbe, wenn auch Nacherbe wird, sehen wir, daß der Entwurf ihm ein bloßes Forderungsrecht nicht geben will ; denn ein Erbe wird ipso-jure Eigentümer der Erbschaft, ohne daß das Eigentum erst auf ihn übertragen werden müßte [2]. Damit stimmt Art. 496, Abs. 1 überein, wonach der Nacherbe die Erbschaft ohne weiteres erwirbt, wenn er den für die Auslieferung aufgestellten Zeitpunkt erlebt hat. Wenn

[1] Die Berufung des Vorerben nur auf kurze Zeit führt zu keinen größern Komplikationen, denn vielfach wird das Testament noch nicht einmal eröffnet sein (Art. 558), so daß Inventaraufnahme und Sicherstellung gar nicht vorzunehmen sind. Ist er nur kurze Zeit über die Testamentseröffnung hinaus als Vorerbe berufen, ohne einen beträchtlichen Nutzen zu haben, so bleibt ihm als einziges Mittel, der Sicherstellung zu entgehen, die Ausschlagung der Erbschaft (Art. 567 ff.).

[2] Art. 561.

der Entwurf trotzdem von einer Verpflichtung des Vorerben zur Auslieferung der Erbschaft redet, so muß dies eine andere Bedeutung haben. Scheinbar gibt Art. 495, Abs. 2 Aufschluß. Darnach wird der Vorerbe Eigentümer der Erbschaft « unter der Auflage der Auslieferung ». Somit wäre der Nacherbe also Auflageberechtigter und die Verpflichtung des Vorerben wäre keine andere, als diejenige der Erfüllung einer Auflage.

Das Wesen dieser « Auflage » bedarf einer näheren Beleuchtung. Wir müssen uns dabei vor allem vergegenwärtigen, daß nach bisheriger Rechtsanschauung die Auflage nicht suspendiert, aber zwingt [1]. Auch nach dem Entwurf steht außer Zweifel, daß die Auflage des Art. 495, Abs. 2 den Erwerb der Erbschaft durch den Vorerben nicht suspendiert ; denn der Vorerbe erwirbt die Erbschaft wie ein anderer eingesetzter Erbe. (Art. 495, Abs. 1.) Fraglich ist jedoch, ob ihr auch ein Zwang innewohne. Wir wissen bereits, daß nach Art. 496, Abs. 1 der Nacherbe mit Eintritt des Auslieferungszeitpunktes die Erbschaft ipso-jure erwirbt. Wenn nun die Auflage des Art. 495, Abs. 2 zur Auslieferung zwingt, so hat dieser Zwang eigentlich keine Berechtigung und ist überhaupt gar kein Zwang mehr, da das Gesetz, laut Art. 496, Abs. 1 und 561, ja selbst tut, zu was es zwingen will. Man könnte nun allerdings daran denken, der Auflage des Art. 495, Abs. 2 den Sinn beizumessen, daß der Vorerbe verpflichtet sei zur Auslieferung der Erbschaft nach Übergang des Eigentums an derselben auf den Nacherben. Darunter fiele dann die Pflicht des Vorerben, die Erbschaft dem Nacherben körperlich zu überliefern, den Eigentumsübergang der Grund-

[1] Cf. v. Scheurl, Zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften, Erlangen, 1874, S. 245 ff. Adickes, Zur Lehre von den Bedingungen nach römischem und heutigem Rechte, Berlin, 1876, S. 65. Pernice: Röm. Privatrecht, Halle, 1892, III. Bd., 1. Abteilung, S. 19 ff.

buchbehörde anzuzeigen, Cessionsanzeige an den Schuldner zu machen, Wertpapiere, so weit nötig, an den Nacherben zu indossieren etc. Allein diese Pflicht ergibt sich eigentlich schon aus den Besitzesregeln: denn sobald der ipso-jure Übergang der Erbschaft auf den Nacherben stattgefunden hat, hat der Vorerbe weder das Recht der Verwaltung noch das Recht der Nutzung der Erbschaft; er hat gar kein Recht mehr an derselben, nicht einmal dasjenige der Detention. Gibt er die Erbschaft nicht heraus, so ist er bösgläubiger Besitzer und als solcher zur Herausgabe gemäß Art. 978 gezwungen. Auch hiernach würde also der Zwang, der für die Auflage des Art. 495, Abs. 2 noch übrig bleibt, etwas Überflüssiges darstellen, wenn er vom Entwurf in diesem Sinne überhaupt hätte aufgestellt werden wollen. Daß letzeres aber nicht der Fall ist, dürfte ein Hinweis auf Art.561, Abs. 3 beweisen, wonach die gesetzlichen Erben gegenüber den eingesetzten nach den Besitzregeln herauszugeben haben, wo also nirgends von einer Auslieferungsauflage die Rede ist, obwohl das Verhältnis das gleiche ist, wie dasjenige zwischen Vor- und Nacherbe nach Eintritt des Auslieferungszeitpunktes.

Aus dem Angeführten geht hervor, daß der Auflage des Art. 495, Abs. 2 kein Zwang innewohnt und daß sie die nach bisheriger Rechtsanschauung notwendige Eigenschaft der Verpflichtung des mit der Auflage Beschwerten nicht hat. Es gilt daher von ihr der Satz: « Die Auflage suspendiert nicht aber zwingt », nicht. Dadurch stellt sie sich in einen schroffen Gegensatz zur Auflage im Sinne des gemeinen Rechtes und dürfte den Namen « Auflage » wohl kaum mehr verdienen. Auflage kann man sie bloß mehr nennen, wenn man von dinglicher Auflage reden wollte, von einer Auflage also, bei welcher die Verpflichtung des Beschwerten von Gesetzes wegen sich erfüllt. Allein schon der Ausdruck « Auflage » an sich sagt, daß einem etwas auferlegt, etwas zur Pflicht gemacht wird, die er zu erfüllen hat und daß deshalb der

Ausdruck « dingliche Auflage » einen Widerspruch in sich enthalten würde.

In ein eigentümliches Licht kommt die Auflage des Art. 495, Abs. 2 auch, wenn wir sie mit der Bestimmung des Art. 486, Abs. 1 vergleichen. Darnach kann jedermann Erfüllung der Auflage verlangen, der daran ein Interesse hat. Daraus geht einmal hervor, daß der Auflageberechtigte, auch wenn die Verpflichtung zur Erfüllung der Auflage fällig geworden ist, keine Forderung im Sinne des Obligationenrechtes hat ; denn während bei einem Forderungsrecht im technischen Sinne einem oder mehreren bestimmt Verpflichteten ein oder mehrere bestimmt Berechtigte gegenüberstehen, sind die aus einer Auflage Berechtigten nicht bestimmt und bezeichnet. « Jedermann », der ein Interesse hat, ist keine bestimmte, weder juristische noch physische Person und deshalb kann jedermann auch nicht Gläubiger sein. Angewendet auf das Verhältnis zwischen Vor- und Nacherbe ergibt sich, daß der Nacherbe mit Eintritt des Auslieferungszeitpunktes weder direkt Erbe würde, noch ein Forderungsrecht im Sinne des Obligationenrechtes hätte. Zudem stünde neben ihm ebenfalls als gleichberechtigter Nacherbe, ausgerüstet mit einer — man möchte fast sagen — Popularklage, dieser unbestimmte « Jedermann », obwohl das Verhältnis zwischen Vor- und Nacherbe ein rein privatrechtliches ist. Es zeigt sich ferner aus Art. 486, Abs. 1, daß die Auflage dem vom Erblasser bestimmten Zwecke dient, und daß der Auflageberechtigte im Interesse und als Diener dieses Zweckes handelt und daher die Leistung, die er vom Verpflichteten fordert, auch nicht wie ein Gläubiger für sich beanspruchen kann. Weil der Berechtigte « Treuhändler [1] » dieses Zweckes ist, kann auf den Anspruch aus der Auflage nicht verzichtet werden. Aus gleichem Grunde kann dieser

[1] Cf. Strohal, das deutsche Erbrecht, Berlin, 1903, 1. Bd., S. 38, Anm. 8. Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, Jena, 1901, 3. Aufl., S. 813.

Anspruch auch nicht gepfändet[1], verpfändet oder abgetreten werden. Ja, selbst eine Vererbung der Auflageberechtigung ist ausgeschlossen ; denn das Recht aus einer Auflage besteht zugleich für jedermann, der an deren Erfüllung ein Interesse hat, gleichviel, ob er Erbe oder nicht Erbe sei, ob er mit dem Erblasser verwandt oder ein extraneus sei.

Diese Folgerungen dürften genügen, um zu konstatieren, daß sich die Verpflichtung des Vorerben zur Auslieferung der Erbschaft mit der « Auflage » des Art. 495, Abs. 2 nicht erklären läßt[2]. Unbestreitbar bleibt jedoch, daß diese Verpflichtung unter einer Auflage nach dem Entwurf keine Negation des ipso-jure Erwerbes durch den Nacherben enthält[3].

[1] Cf. Art. 1190 (193) O.-R., Art. 210 des Betr. und Konkursgesetzes, dazu Jäger, Das Bundesgesetz betr. Schuldbetreibung und Konkurs. Zürich, 1901, S. 326, Anm. 1.

[2] Rümelin (Der Vorentwurf zu einem schweizerischen Zivilgesetzbuch, Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im deutschen Reiche. herausgegeben von Schmoller, 25. Jahrgang, neue Folge, 1901, 3. Heft, S. 104 und 105) äußert sich über die Auflage des Entwurfes folgendermaßen : « Entschieden zu wünschen wäre es endlich, daß irgend welche Klärung des Auflagerechts herbeigeführt würde. Der gemeinrechtlich überlieferte Begriff des Modus liegt offenbar nicht zu Grunde, wie Art. 510, Abs. 2 (jetziger Art. 495, Abs. 2) beweist. Darnach soll die Anwendung des Auflagebegriffs beim Vorerben den Erbschaftserwerb des Nacherben nicht ausschließen. Hier zeigt sich, daß der Begriff der Auflage im Entwurf nirgends fixiert ist. Nach hergebrachter Begriffsbildung könnte der Nacherbe nur entweder als Erbe oder auf Grund einzelner Rechtsgeschäftsakte erwerben (S. 104 Anm.). Was ist die Auflage aber dann ? Wie wird ihre Erfüllung erzwungen ? Wer ist klageberechtigt ? »

[3] Außer in Art. 495, Abs. 2 kommt im Entwurf die Auflage vor in den Art. 486, 1287, 1288 und 1291, Ziffer 4. Während sie in den letztern Artikeln in gemeinrechtlichem Sinne gebraucht wird, ist dies bei der Auflage des Art. 495, Abs. 2 nicht der Fall. Letztere betrachten wir daher als eine Ausnahme von der Regel.

II. Juristische Natur der Nacherbschaft.

Um den grundlegenden juristischen Charakter der Nacherbschaft erkennen zu können, ist es nötig, das Verhältnis, in dem Vor- und Nacherbe zu einander stehen, sich etwas näher zu vergegenwärtigen. Wir müssen vor allem wissen, daß der Vorerbe eine Zeitlang im Besitz und Eigentum der Erbschaft verbleibt, ohne daß ihn der Nacherbe gemäß Art. 486, Abs. 1 zwingen könnte, die Auflage zu erfüllen, d. h. ihm die Erbschaft auszuliefern. In dieser unanfechtbaren Stellung als Herr und Eigentümer der Erbschaft verbleibt der Vorerbe bis zum Zeitpunkt der Auslieferung, d. h., wenn der Erblasser nichts anderes bestimmt hatte, bis zum Tode. Dann — wie bereits dargetan — wird der Nacherbe ipso-jure Herr und Eigentümer der Erbschaft. Dies wird aber der Nacherbe nur, wenn er den für die Auslieferung aufgestellten Zeitpunkt erlebt hat. Versetzen wir uns in die Stellung des Nacherben während der Zeit der Vorerbschaft, so werden wir sehen, daß es höchst unsicher und vorläufig für menschliches Wissen unerforschlich ist, ob der Nacherbe überhaupt etwas von der Erbschaft erhalten werde oder nicht, obwohl derjenige, der die Verfügung getroffen und ihn zum Erben einsetzte, bereits gestorben ist und obwohl der Nacherbe Erbe des Erblassers werden soll [1]. Das Erbewerden des Nacherben wurde mit Wissen und Willen des Verfügenden eine bestimmte oder unbestimmte Zeit hinausgeschoben, mit der Bestimmung, daß ihm (dem Nacherben) nichts zukommen solle, wenn er den Auslieferungszeitpunkt nicht erlebe.

Der Erwerb der Erbschaft durch den Nacherben ist demnach abhängig gemacht davon, ob dieser den Ausliefe-

[1] Cf. Art. 496. Abs. 1. und Erl. zum Vorentwurf von 1900, S. 76.

rungszeitpunkt erlebe oder nicht, also von einem unbestreitbar unsichern Umstande. Werden aber Rechtswirkungen mit Wissen und Willen der Parteien (resp. der Partei) von einem ungewissen Umstande abhängig gemacht, so liegt eine Bedingung vor [1]. Es ist daher das Recht sowohl des Vor- als des Nacherben ein bedingtes Recht und zwar in dem Sinne, daß die Stellung des Vorerben auflösend und diejenige des Nacherben aufschiebend bedingt ist, jedoch, wie bereits bemerkt, mit dinglicher (ipso-jure), nicht bloß mit obligatorischer Wirkung. Dabei handelt es sich nicht etwa um eine bedingte Auflage. Wohl ist es richtig und offenbar nach Art. 486, Abs. 1 auch anzunehmen, daß auch eine Auflage bedingt sein kann. Allein, wenn eine Auflage auch bedingt ist, so bleibt sie trotzdem immer noch Auflage, so daß mit Eintritt der Bedingung der Auflageberechtigte nur eine Klage auf Erfüllung der Auflage hätte, die Auflage selbst sich aber nie ipso-jure erfüllen würde.

Man könnte nun den Einwand erheben, das Rechtsverhältnis zwischen Vor- und Nacherbe unterliege nicht einer gewillkürten Bedingung, sondern einer bloßen Rechtsbedingung, einer sogenannten conditio juris, könne im übrigen aber ganz wohl unter Auflagerecht stehen. Geht man aber davon aus, daß Rechtsbedingung diejenige Bedingung ist, welche die rechtliche Wirkung von einem Umstande abhängig macht, von welchem dieselbe auch ohne den Willen der Parteien, nach der Natur des Geschäftes oder seines Gegenstandes oder infolge besonderer Gesetzesvorschrift abhängig ist [2], so wird man schwerlich auf das Vorhandensein einer bloßen conditio juris schließen können ; denn es liegt außer

[1] Enneccerus, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin, Marburg, 1889, S. 171. Strohal, l. c., S. 147. Windscheid, l. c. I., § 87, S. 392. Köpke, die Rechtsstellung des Ersatzerben und des Nacherben nach dem bürgerlichen Gesetzbuche. Schwerin i./M., 1902, S. 8 ff.

[2] Enneccerus, l. c., S. 171.

Zweifel, daß das Erbewerden des Nacherben an sich weder von Gesetzes wegen, noch sonstwie vom Erbewerden des Vorerben abhängig ist. Erst durch den Willen des Erblassers wird es abhängig gemacht vom Erbewerden des Vorerben, resp. vom Erleben des Auslieferungspunktes durch den Nacherben.

Durch die Einsetzung eines Nacherben erklärt der Erblasser selbst, daß er den Nacherben nur dann als Erbe haben wolle, wenn dieser den Zeitpunkt der Auslieferung erlebe. Wollte er den Zweitberufenen auf alle Fälle als Erbe haben, so würde ihm nichts im Wege stehen, ihn an Stelle oder neben den Erstberufenen einzusetzen. Allein er will ihn nach dem Erstberufenen als Erbe haben und trifft in diesem Sinne auch seine Verfügung [1].

Selbst wenn der Erblasser noch ausdrücklich eine Bedingung beifügt, so wird die jeder Nacherbschaft zu Grunde liegende, gewillkürte Bedingung doch nicht aus der Welt geschafft. In solchem Falle kann es sich um gar nichts anderes handeln, als um eine nähere Fixierung des Auslieferungszeitpunktes [2], der ja sonst laut Art. 493, Abs. 1 mit dem Tode des Vorerben zusammenfallen müßte. Das gleiche gilt beim ausdrücklich hinzugefügten Termin. Der Termin besagt nur, daß der Zeitpunkt, den der Erblasser für die Auslieferung bestimmte, zwar sicher eintreten werde, besagt aber nicht, daß der Vorerbe auch dann auszuliefern habe, wenn der Nacherbe diesen Zeitpunkt nicht erlebe.

Ist demnach jede Nacherbschaft eine bedingte [3] Erben-

[1] Wenn die Motive zum deutschen B. G. B., S. 82 erklären, daß die Einsetzung eines nondum conceptus als Nacherbe notwendig immer aufschiebend bedingt sei, so kann man dies für den Entwurf ohne Bedenken auf alle Fälle der Nacherbeneinsetzung ausdehnen.

[2] z. B.: A. ist mein Vorerbe, B. mein Nacherbe, wenn er heiratet. Hier ist Auslieferungszeitpunkt die Heirat des B., nicht wie sonst der Tod des A., vergl. übrigens weiter unten S. 68 ff.

[3] Köpke, l. c., S. 11-12. Thiesing, im Archiv für die civili-

einsetzung, so ist umgekehrt doch nicht jede bedingte Erbeneinsetzung eine Nacherbeneinsetzung. Vielmehr enthält auch die Einsetzung eines Ersatzerben [1] immer eine Bedingung. Von dieser Ausnahme abgesehen, ist aber jede bedingte Erbeneinsetzung auch eine Nacherbeneinsetzung.

Da die Zulässigkeit der bedingten und befristeten Erbeneinsetzung wenigstens gegenüber dem gemeinen Rechte eine wichtige Neuerung bedeutet, hat der Entwurf sie in Art. 486 ausdrücklich ausgesprochen: « Der Erblasser kann seinen Verfügungen Auflagen und Bedingungen anfügen, deren Vollziehung, sobald die Verfügung zur Ausführung gelangt ist, jedermann verlangen kann, der an ihnen ein Interesse hat.

Auflagen und Bedingungen, die unsittlich oder rechtswidrig sind, machen die Verfügung ungültig. Sind sie lediglich für andere Personen lästig oder unsinnig, so werden sie als nicht vorhanden betrachtet. »

Neben diesen Bedingungsgrundsätzen kommt noch Art. 9 des Entwurfes in Betracht, nach welchen die allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts auch auf andere zivilrechtliche Verhältnisse « entsprechende » Anwendung finden sollen. Diese allgemeinen Bestimmungen, in der ersten Abteilung des Entwurfes zum Obligationenrecht [2] enthalten, behandeln die Bedingungen in den Art. 1176 bis und mit 1182. Über den Termin finden die Art. 1092 bis und mit 1100 des Entwurfes zum O.-R. « entsprechende » Anwendung. Für diese « entsprechende » Anwendung ist vor allem vorauszuschicken, daß es sich bei der Nacherbschaft nicht um ein obligationenrechtliches Verhältnis handelt, sondern daß der

stische Praxis, Bd. 94, S. 229 ff. Planck, l. c., S. 271. Hachenburg, l. c., S. 32, 43.

[1] Für das deutsche Recht und damit auch für den Entwurf sehr bestritten. Gewillkürte Bedingung nehmen an: Planck, l. c., S. 239, 266. Cosack, l. c., S. 695. Köpke, l. c., S. 8-9. u. a. Für conditio juris erklären sich: Strohal, l. c., S. 147. Endemann, l. c., S. 154. u. a.

[2] Bundesrätliche Botschaft vom 3. März 1905.

Nacherbe von Gesetzes wegen — wie bereits dargetan — trotz der Auslieferungsauflage [1] Eigentümer wird.

Zunächst ist nach Art. 486, Abs. 2 eine Verfügung unter unsittlicher oder rechtswidriger Bedingung ungültig. Angewendet auf die Nacherbschaft entsteht diesbezüglich die Frage: Ist nur die Einsetzung des Vorerben oder des Nacherben ungültig, oder sind es beide zugleich? Art. 1182 des Entwurfes zum O.-R., entsprechend dem Art. 177 des geltenden O.-R., spricht davon, daß der « bedingte Anspruch » nichtig sei, nicht auch das ganze Rechtsgeschäft als solches, mit dem der bedingte Anspruch in mehr oder weniger losem Zusammenhange steht. Zwar wird derjenige Teil des Rechtsgeschäftes, in dem der bedingte Anspruch enthalten ist, selbstverständlich auch nichtig. Es entspricht dies dem Wesen der unerlaubten Bedingung, welches darin besteht, daß durch deren Beifügung das Rechtsgeschäft selbst zu einem gegen die guten Sitten verstoßenden wird [2]. Deshalb spricht Art. 486, Abs. 2 auch von der Ungültigkeit der « Verfügung ». Noch deutlicher ist die Ausdrucksweise der Erläuterungen [3], « daß in solchem Falle Ungültigkeit nicht nur für die fragliche Klausel, sondern für die ganze Verfügung angenommen werden soll. » Daraus ergibt sich die Antwort auf die gestellte Frage. Da « Verfügung » sowohl die Einsetzung des Vorerben, als des Nacherben ist, darf man nicht ohne weiteres wegen ihrer bloßen Abhängigkeit von einander, wenn die eine unter unsittlicher Bedingung geschehen ist, beide als unsittliche Verfügungen in diesem Sinne betrachten. Dies dürfte auch zur Genüge aus dem Verhältnis von Erbeinsetzung zum Vermächtnis hervorgehen [4]. Es ist ja für viele

[1] Cf. Protokoll der Expertenkommission, II. Bd., S. 570. (Votum Lienhard, worin diesbezüglich ausdrücklich von « bedingten Eigentumsübertragungen » geredet wird.)

[2] Cf. Strohal, l. c., S. 143.

[3] Erl. z. Vorentwurf von 1900, S. 72 oben.

[4] Auch die Erbeinsetsung ist — u. E. — nicht ungültig, wenn

Fälle ohne weiteres klar, daß sowohl die Einsetzung des Vorerben, als die des Nacherben deswegen unsittlich oder rechtswidrig ist, weil vielleicht nur einer von ihnen unter einer unsittlichen Bedingung eingesetzt ist. Die unerlaubte Bedingung kann aber auch ganz unabhängig von der Einsetzung des einen oder anderen zum Erben sein. Beispiele: Der Erblasser verfügt: « A. ist mein Erbe, ich verlange aber von ihm dafür, daß er den X. aus der Welt schaffe. Da er aber, sobald er den X. getötet hat, dessen Erbe wird, soll vom Zeitpunkt des Mordes an B. mein Erbe sein. » Hier ist A. resolutiv, B. suspensiv bedingt eingesetzt, A. also Vorerbe, B. Nacherbe. Die Einsetzung des Nacherben B. wäre an sich nichts Unsittliches, würde ihm nicht A. die Erbschaft deswegen herausgeben müssen, weil er den X. zu töten hat. Allein wegen des Zusammenhanges der unter unsittlicher Bedingung erfolgten Einsetzung des A. mit der Einsetzung des B. wird auch letztere ungültig. Anders liegt der Fall in folgendem Beispiel: Der Erblasser setzt den A. zum Vorerben, den B. zum Nacherben ein, falls dieser sämtliche Fensterscheiben im Hause des X. einschlage. Hier hat nur die Einsetzung des B. etwas Unsittliches an sich, nicht aber diejenige des A. Dieser bleibt definitiver Erbe [1].

Es ist noch hervorzuheben, daß die unsittliche oder rechtswidrige Bedingung eine Ungültigkeit der Verfügung herbeiführt, die gleichbedeutend ist mit « Nichtigkeit », von der Art. 1182 (177) des Entwurfes zum O.-R. spricht. Die Verfügung wird also als eine von Anfang an gar nicht vorhanden gewesene betrachtet. Es geht dies aus dem Wortlaut des Art. 486, Abs. 2 hervor: « Bedingungen, die unsittlich oder rechtswidrig sind, machen die Verfügung ungültig [2]».

der Vermächtnisnehmer unter unsittlicher Bedingung bedacht ist; denn die Ungültigkeit betrifft nur jene Verfügung, der die fragliche Klausel angefügt ist.

[1] Cf. Strohal, l. c., S. 144.

[2] Im Gegensatz dazu bedeutet die Ungültigkeit einer Verfügung,

Lediglich für andere Personen lästige oder unsinnige Bedingungen werden als nicht vorhanden betrachtet. Die Verfügung bleibt hier also bei Bestand, nur die fragliche Klausel wird gestrichen.

Schwieriger ist die Frage bei den unmöglichen Bedingungen ; denn diese sind weder im Obligationenrecht, noch im Art. 486 erwähnt [1]. In den meisten Fällen wird man sie jedoch in die Kategorie der unsinnigen oder zwecklosen Bedingungen einreihen können. Dies darf man ohne Bedenken tun bei absoluter Unmöglichkeit, d. h. wenn die Erfüllung der Bedingung nach den Naturgesetzen unter allen Umständen unterbleiben muß. Aber auch bei relativer Unmöglichkeit, wo die Erfüllung wegen der zufälligen Umstände des vorliegenden Falles unterbleiben muß, begeht man keine Pietätlosigkeit, wenn man eine derartige Bedingung als zwecklos bezeichnet. Bei nachträglich unmöglich gewordener Bedingung kommt man zum gleichen Resultat, sofern man diese überhaupt als unmögliche und nicht bloß als ausgefallene bezeichnen darf. Es liegt kein Grund vor, die unmög-

die den Vorschriften des Gesetzes in Bezug auf die Verfügungsfähigkeit oder die Form nicht entspricht, nicht absolute Nichtigkeit, auch nicht bloße Anfechtbarkeit, sondern relative Nichtigkeit. Diese tritt erst ein, wenn die Verfügung auf erhobene Klage hin gerichtlich für ungültig erklärt wird (Cf. Art. 524, Erl. zum Teilentwurf von 1895, S. 157 u. zum Vorentwurf v. 1900, S. 89).

[1] Cf. Rossel : Manuel du Droit fédéral des Obligations, IIme édit., Paris, 1905, p. 253. Er frägt bezügl. der unmögl. Bedingung : Est-ce un oubli ? est-ce une lacune intentionelle ? La question n'a pas grande importance pratique, les conditions impossibles ne pouvant guère être imposées que par un fou ou en manière de plaisanterie.

Quoi qu'il en soit, celles qui ne peuvent absolument se réaliser doivent empêcher l'acte juridique, qui leur est subordonné de produire un effet quelconque, et nous appliquerions par analogie l'Art. 177. Il faudrait sans cela les reputer non écrites et aucun texte ne nous y autorise. Même solution pour les conditions absurdes et inintelligibles.

lichen Bedingungen strenger zu behandeln als die zwecklosen und unsinnigen [1].

Gar keiner Erwähnung tut der Entwurf auch der sogenannten condicio non faciendi und doch kann deren Zulässigkeit kaum in Frage gestellt werden, da sie weder gegen die guten Sitten noch gegen die Vernunft verstößt. Da Verfügungen unter derartigen Bedingungen häufig vorkommen dürften, ist es nicht von geringer Bedeutung zu wissen, welche rechtliche Stellung einem derart Bedachten zukommt. Wenn der Erblasser z. B. verfügt: A. ist mein Erbe, wenn er keine alkoholhaltigen Getränke mehr genießt, so stellt sich die Frage: Ist A. resolutiv oder suspensiv bedingt eingesetzt, ist er Vor- oder Nacherbe? Am zweckmäßigsten ist es — obwohl nichts zu dieser Annahme zwingt — ihn, in Übereinstimmung mit dem gemeinen Recht [2], als Vorerben zu betrachten, mit der Pflicht, den gesetzlichen Erben des Erblassers als Nacherben Sicherstellung zu leisten [3].

Aus der Zulässigkeit der Bedingung bei der Erbeneinsetzung ergeben sich für das Verhältnis der bedingt Eingesetzten zu einander weittragende Wirkungen. Wir haben diese in unseren späteren Ausführungen [4] im Einzelnen näher zu untersuchen und begnügen uns daher hier mit einigen

[1] Die gleiche Lösung halten wir für die unverständliche Bedingung, von der der Entwurf ebenfalls schweigt, für angezeigt, da absolute Unverständlichkeit und Unsinnigkeit große Grenzgebiete gemeinsam haben.

[2] Nach römischem Recht erwarb ein derart Eingesetzter die Erbschaft definitiv, wenn er unter Bürgenstellung versprach, daß er die Bedingung halten werde (sog. Cautio Mutiana). Handelte er der Bedingung zuwider, mußte er die Erbschaft nebst allen Früchten und Ersatz für angerichteten Schaden herausgeben. Cf. Dernburg, l. c., S. 83. Windscheid, l. c., S. 257, 258; vergl. auch deutsches B. G. B., § 2075, dazu Motive S. 28.

[3] Cf. Art. 494.

[4] Cf. Rechtsverhältnisse zwischen Vor- und Nacherben vor und nach Eintritt der Nacherbfolge, S. 78 ff., 134 ff.

Andeutungen. Vor allem ist hervorzuheben, daß für die Rechte und Pflichten des resolutiv bedingt Eingesetzten, des Vorerben, sowie für die Rechte des suspensiv bedingt Eingesetzten, des Nacherben, als grundlegende Regel immer Art. 1177 O.-R. in Betracht fällt, so daß man in Ermangelung anderer Vorschriften auf diesen Artikel zurückzugreifen hat [1]. Die Art. 493-496 des Entwurfes sind überhaupt nur eine nähere Ausgestaltung und Anwendung speziell der Art. 1177, 1176, Abs. 2, sowie 1179 des Entwurfes zum Obligationenrecht. Es kommen daher auch für den Zeitpunkt, in dem die Bedingung in Erfüllung geht, sowie für die Wirkungen, die sich an den Eintritt oder Nichteintritt dieses Zeitpunktes knüpfen, prinzipiell die gewöhnlichen, zunächst bloß für obligatorische Verhältnisse zugeschnittenen Bedingungsgrundsätze in Anwendung. Tritt also die Bedingung ein, so wird das Rechtsverhältnis zwischen dem resolutiv und suspensiv bedingt eingesetzten Erben aufgelöst, und zwar vollzieht sich diese Auflösung im Unterschied zum obligatorischen Verhältnis ipso-jure und mit dinglicher Wirkung. Da die Negation der rückwirkenden Kraft der Bedingung auch für die bedingte Erbeneinsetzung in Betracht fällt [2], so ergibt sich auch hieraus notwendig eine zeitliche Aufeinanderfolge mehrerer Rechtssubjekte. Wenn auch derjenige, der unter auflösender Bedingung eingesetzt war, aufhört Erbe zu sein, so ist er doch eine Zeitlang Erbe gewesen und es können die Wirkungen der Zwischenzeit nicht weggewischt werden, als wären sie nie dagewesen [3].

Diese zeitliche Aufeinanderfolge tritt nicht ein, wenn sich die Bedingung nicht erfüllt. In diesem Falle bleibt der resolutiv bedingt Eingesetzte in seiner Erbenstellung. Davon

[1] Auch das deutsche Recht hat im Prinzip die gleiche Stellung eingenommen. Cf. Thiesing, l. c., S. 230, Anm. 2. Planck, V. l. c., S. 271. Köpke, l. c., S. 12; vergl. auch später S. 78 ff.

[2] Art. 1179, Abs. 2 des Entw. zum Obl. Recht.

[3] Cf. Hachenburg, l. c., S. 9.

besteht aber eine Ausnahme. Trotzdem die Bedingung nicht erfüllt ist, wird sie vom Gesetze als eine erfüllte fingiert, « wenn deren Eintritt von dem einen Teile wider Treu und Glauben verhindert worden ist [1] ». Wenn also z. B. der Nacherbe unter der Bedingung eingesetzt ist, daß er Offizier werde, der Vorerbe ihn aber auf irgend eine Weise dienstuntauglich macht, so fällt die Erbschaft dem Nacherben, trotzdem er nicht mehr Offizier werden kann, mit dem Momente zu, da er dienstuntauglich geworden ist.

Etwas eigentümlich ist die Bestimmung des Art. 486, Abs. 1, wonach, wenn die Bedingung nicht erfüllt wird, deren « Vollziehung » verlangt werden kann. Schon der Teil-Entwurf von 1895 hatte in Art. 437, Abs. 1 und 2 eine diesbezügliche unklare Fassung. Er bestimmte : « Der Erblasser kann seine Verfügungen mit Auflagen, Vorbehalten oder Bedingungen verknüpfen. (Abs. 1.) Die Vollziehung solcher Auflagen kann jeder verlangen, der an ihnen ein Interesse hat ». (Abs. 2.) Wegen des Wortes « solcher » in Abs. 2 hätte man annehmen können, der Entwurf halte Bedingungen und Vorbehalte für identisch mit Auflagen. Deutlicher sprach sich der Vorentwurf von 1900 in Art. 501, Abs. 3 aus : « Die Vollziehung von Auflagen kann jedermann verlangen », etc. Wenn nach dem Wortlaut des jetzigen Art. 486, Abs. 1 des bundesrätlichen Entwurfes : « Der Erblasser kann seinen Verfügungen Auflagen oder Bedingungen anfügen, deren Vollziehung jedermann verlangen darf » etc., Vollziehung der Bedingung verlangt werden kann, so entspricht dies jedenfalls dem Sinne des Art. 486 nicht. Gemeint ist wohl bloß die Vollziehung von Auflagen [2], da eine « Vollziehung » der Be-

[1] Art. 1180 d. Entw. z. Obl. Recht.

[2] Nach einer andern Lesart ist die Ausführung des durch Erfüllung der Bedingung nun vollziehbar gewordenen Rechtsgeschäftes gemeint. Auf dieses scheint der dritte Satz : « wenn die Verfügung zur Ausführung gelangt ist », hinzuweisen. Allein, abgesehen davon, daß es dann nicht mehr eine Vollziehung der Bedingung ist, würde der

dingung mit den Bedingungsgrundsätzen offenbar in Widerspruch steht. Der Eintritt der Bedingung, als derjenigen bei einem Rechtsgeschäft getroffenen Bestimmung, durch welche der Wille des Handelnden von einem ungewissen Umstande abhängig gemacht wird, ist entweder von der Willkür des bedingt Berechtigten abhängig, hievon völlig unabhängig oder beides zugleich.

Wie will man ohne Leugnung dieser grundlegenden Begriffe Vollziehung sowohl der kasuellen als der potestativen Bedingung verlangen? Die kasuelle Bedingung vollzieht sich ja rein durch Zufall, für die potestative ist es Begriffsmerkmal, daß deren Erfüllung dem Belieben einer Person unterstellt sei. Wenn A. zum Vorerben eingesetzt ist, bis er heiratet, von diesem Zeitpunkte an B. zum Nacherben, kann nun B. den A. zwingen zu heiraten? Oder: wenn A. zum Vorerben, B. zum Nacherben eingesetzt ist, falls ihm binnen zehn Jahren einmal ein Ungewitter eine Saat verheeren sollte, kann nun B. gezwungen werden, das Ungewitter herbeizubeschwören? Angesichts solcher Resultate kommen wir zum Schlusse: In Art. 486, Abs. 1 ist die Vollziehung der Auflage vorgeschrieben und gemeint, die Vollziehung der Bedingung ist vorgeschrieben und ist nicht gemeint. Es liegt eine ungenaue Redaktion vor. Besser sind die Art. 1287 ff. des Entwurfes zum O.-R. gefaßt, wo nirgends von einer Vollziehung der Bedingung, sondern nur von einer Vollziehung der Auflage die Rede ist.

letzte Satz des Abs. 1 wieder nicht zu verstehen sein und bei Erbeinsetzung speziell nicht zutreffen, da hier einmal ein ipso-jure Anfall stattfindet (A. 561, Abs. 1) und die Auslieferung der Erbschaft nach Besitzesregeln zu geschehen hat (A. 561, Abs. 2), dann aber die Auslieferung nicht von jedermann verlangt werden kann, der daran ein Interesse hat, sondern nur von demjenigen, der kraft Erbrechts die Erbschaftsklage anzustellen befugt ist (A. 597).

III. Abgrenzung der Nacherbschaft von andern Rechtsinstituten.

Die Einsetzung eines Nacherben als eine bedingte Erbeneinsetzung bedarf der näheren Abgrenzung zu einigen andern Rechtsinstituten. Vor allem ist sie zu trennen von der gewöhnlichen Erbeneinsetzung. Sie unterscheidet sich von ihr dadurch, daß diese unbedingt vorgenommen wird. Zwar ist auch eine gewöhnliche Erbeneinsetzung in gewissem Sinne immer bedingt; denn sie vollzieht sich immer unter der Bedingung, daß der eingesetzte Erbe den Erblasser überlebe. Allein diese Bedingung vermag nicht einen schwebenden Zustand herbeizuführen, weil dieser nicht der Willkür des Erblassers entspringt [1]. Es liegt deshalb eine bloße conditio juris vor. Dieser conditio juris entspricht auch bei der Nacherbschaft die Bedingung, daß ein Erbe als Nacherbe nur dann eintreten kann, wenn bereits ein anderer vor ihm in die Lücke getreten ist. Wo kein Vorerbe ist, ist auch kein Nacherbe [2]. Allein im Unterschied von der gewöhnlichen Erbeneinsetzung ist das Erbewerden des Nacherben — wie bereits dargetan — von der weiteren Bedingung abhängig, daß dieser den vom Erblasser willkürlich aufgestellten, oder in Ermangelung dessen vom Gesetz bestimmten [3] Zeitpunkt der Auslieferung erlebe. Allerdings muß auch der gewöhnliche Erbe in gewissem Sinne einen Auslieferungspunkt, d. h. den Tod des Erblassers erleben. Allein die nähere Bestimmung dieses Zeitpunktes entzieht sich der Machtbefugnis des Erblassers. Will der Erblasser von einem gewöhnlichen Erben beerbt werden, so muß der Auslieferungszeitpunkt mit dem Tode des Erblassers zusammenfallen. Will er aber

[1] Cf. Windscheid, l. c., S. 392.
[2] Vergl. unsere Ausführungen, S. 18 ff.
[3] Art. 493, Abs. 1.

von einem Nacherben beerbt werden, so kann er beliebig bestimmen, in welchem Zeitpunkt der Übergang der Erbschaft an denselben stattfinden soll.

Dieser grundsätzliche Unterschied verhindert aber dennoch nicht, daß es unter Umständen schwierig werden kann, zu entscheiden, ob eine Verfügung im Einzelfall als gewöhnliche Erbeneinsetzung oder als Nacherbeneinsetzung auszulegen sei. Derartige Zweifel können nicht bloß durch die Zulässigkeit des holographischen Testamentes, ohne jede Mitwirkung einer Amtsperson [1] häufig verursacht werden, sondern gerade auch deshalb entstehen, weil der Gebrauch der Ausdrücke « Vorerbe » und « Nacherbe » nach dem Entwurf ebenso wenig verlangt wird, als der Gebrauch des Ausdruckes « Erbe » überhaupt [2]. Diesbezügliche Auslegungsregeln gibt uns der Entwurf zwar nicht, doch geht aus den Erläuterungen hervor, daß im Zweifel derjenigen Verfügung der Vorzug gegeben werden müsse, welche den Beschwerten am wenigsten belaste und daß eine Verfügung, die ohne wesentliche Ergänzung des erklärten Willens einer bestimmten Auslegung nicht fähig sei, als ungültig zu betrachten sei [3]. Daraus ergibt sich, daß im Zweifel nicht Einsetzung eines Nacherben, sondern gewöhnliche Erbeneinsetzung anzunehmen ist. Nicht ausgeschlossen ist jedoch, daß dann letztere mit einer Teilungs- oder auch mit einer Ausgleichungsvorschrift verknüpft werde [4].

[1] Cf. Art. 510 ff.

[2] Cf. Art. 487, Abs. 2.

[3] Cf. Erl. z. Vorentw. v. 1900, S. 78. Auf S. 72 wird auf die « ordentlichen Auslegungsregeln und die allgemeine Rechtsüberzeugung » verwiesen und (S. 73) die Auslegung zu Gunsten des Beschwerten als selbstverständlich betrachtet.

[4] Cf. Art. 607, 620; vergl. auch Schiedsspruch v. 21. März 1901 in Sachen Wyß contra Hurni (in Zeitschrift des bern. Juristenvereins, 27. Bd., S. 486). Darnach erfordert nach bernischem Recht die fideikommissarische Nacherbeneinsetzung « eine positiv ausgedrückte Willenserklärung ». Satz. 578 des Berner C. G. redet geradezu von einem « Befehl », den der Erblasser dem eingesetzten Erben erteilen muß.

Die Nacherbschaft bedarf der weiteren Abgrenzung gegenüber der Ersatzerbschaft, der sogenannten Vulgarsubstitution. Während der Nacherbe nur dann Erbe wird, wenn der Erstberufene, der Vorerbe, Erbe gewesen ist, wird der Ersatzerbe nur Erbe, wenn der Erstberufene infolge Vorabsterbens oder Ausschlagung der Erbschaft nicht Erbe geworden ist. (Art. 491.) Bei der Ersatzerbschaft [1] findet also, im Unterschied zur Nacherbschaft, nur ein Anfall der Erbschaft statt, so daß weder eine Zwischenzeit, noch eine Zwischenperson zwischen den Tod des Erblassers und den Erwerb durch den Ersatzerben sich einschaltet. Aus diesem Grunde ist es auch ohne weiteres zulässig, daß dem Ersatzerben ein Nacherbe bestellt werde (Nachersatzerbe), nur ist dann die Ungewißheit des Erwerbes eines solchen Nacherben eine doppelt große; denn dieser Erwerb ist nicht bloß von der dem Nacherben als solchem anhaftenden Bedingung abhängig, sondern auch von derjenigen, unter welcher der Ersatzerbe eingesetzt ist. Anderseits steht nichts im Wege, auch den Fall eines sogenannten Ersatznacherben zu konstruieren, d. h. den Fall, da dem Nacherben ein Ersatzerbe bestellt wird [2]. Auch dem Vorerben kann ein Ersatzerbe bestellt werden, nur würde dann der Ersatzerbe als Vorerbe mit der Auslieferungsauflage beschwert sein [3].

Man sieht sofort ein, daß die Belastung einer Erbschaft mit einer Ersatzerbschaft eine viel leichtere ist, als diejenige mit einer Nacherbschaft. Ja, man kann weiter gehen und sagen, daß eine Ersatzerbschaft überhaupt keine Belastung des eingesetzten Erben darstellt [4]; denn wird dieser nicht

[1] Cf. Strohal, l. c., S. 158 ff. Cosack, l. c., S. 695 ff. Herzfelder, l. c., S. 361 ff.

[2] Cf. Köpke: Die Rechtsstellung des « Ersatzerben und des Nacherben », Schwerin i./M., 1902, S. 48, 57.

[3] Vergl. unten S. 33.

[4] Dies für den Regelfall, d. h. den Fall, wo überhaupt kein Schwebezustand bezüglich seines Rechtes eintritt. Tritt aber ein solcher

Erbe, so wird er es keineswegs etwa deswegen nicht, weil ihm eine Ersatzerbe bestellt ist; insbesondere läge gar kein Grund vor, die Erbschaft etwa deswegen auszuschlagen. Wird der Ersteingesetzte aber Erbe, so ist und bleibt er Erbe, ungeniert und unbekümmert um den Ersatzerben. Das Recht dieses letztern geht unter, sobald jener Erbe wird. Da auch hier die Auslegung zu Gunsten des Beschwerten zu erfolgen hat, so ist im Zweifel immer Ersatzerbschaft anzunehmen [1].

Selbst dann, wenn klar Nacherbschaft verfügt ist, steht diese mit der Ersatzerbschaft doch in enger Fühlung; denn auch der Nacherbe hat Ersatzerbenqualität, da Art. 496, Abs. 3 bestimmt: « Erlebt der Vorerbe den Tod des Erblassers nicht, oder ist er erbunwürdig, oder schlägt er die Erbschaft aus, so wird der Nacherbe unmittelbarer Erbe des Erblassers. » Vergleicht man diese Bestimmung mit Art. 491, so bemerkt man einen kleinen Unterschied. Während der gewöhnliche Ersatzerbe des Art. 491 nur für den Fall des Vorabsterbens und der Ausschlagung des Erstgenannten als Erbe eintreten kann, ist dies dem Nacherben, als Ersatzerbe, in Art. 496, Abs. 3 auch für den Fall der Erbunwürdigkeit des Erstberufenen gestattet. Wenn auch der Grund dieses Unterschiedes nicht recht einleuchtet [2], so ist doch zweifellos, daß die Erstreckung der Ersatzerbenqualität des Nacherben auch

Zustand ein, was z. B. bei Anfechtung und Nichtigkeit der Erben (nicht aber der Ersatzerben)-einsetzung, oder bei Ausschlagung des Vorberufenen der Fall ist, ist wegen der Bedingtheit des Rechtes des Ersatzerben zwar eine Belastung des Vorberufenen vorhanden, wenn auch bei weitem nicht in dem Umfange, wie die eines Vorerben. Cf. Planck, l. c., S. 204. Köpke, l. c., S. 45, 46, 53.

[1] Cf. deutsches B. G. B., § 2102, Abs. 2. Ob Nach- oder Ersatzerbschaft gemeint ist, kann sich z. B. fragen, wenn der Erblasser verfügt: « Ich substituiere dem A. meinen Freund X. ».

[2] Wenn der Erblasser A., der keine verwandten Erben mehr hat, seinen langjährigen Diener und vermeintlichen Freund X. zum Erben, seinen zweiten wahren Freund Y. zum Ersatzerben einsetzt, warum soll Y. nun nicht Erbe werden, wenn X. als das, was er ist, sich ent-

auf den Fall der Unwürdigkeit der Vorerben nur gute Wirkungen haben kann und dem Willen des Erblassers entspricht.

Ist ein Ersatzerbe und ein Nacherbe dem gleichen Vorberufenen substituiert, erwirbt dieser aber die Erbschaft wegen Vorabsterbens oder Ausschlagung nicht, so entsteht die Frage, ob einer der Nachberufenen, die nun beide Ersatzerben sind, dem anderen vorgehe? In diesem Falle ist es wohl regelmäßig der Wille des Erblassers, daß derjenige, der nur Ersatzerbe gewesen ist, nun alleiniger Erbe werde, weil er nur ihn für den nun eingetretenen Fall berufen hat, während er den Nacherben nur für den Fall, daß der Vorberufene Erbe werde, substituierte. Die Berücksichtigung dieses mutmaßlichen Willens des Erblassers ist nach dem Entwurf nicht möglich, da Art. 496, Abs. 3 die strikte Wendung braucht: ... « so wird der Nacherbe unmittelbarer Erbe des Erblassers ». Ja, ein derartiger Wille kann selbst dann nicht berücksichtigt werden, wenn er ausdrücklich ausgesprochen wurde; denn es heißt nicht: « so wird im Zweifel », oder « so wird, wenn nichts anderes verfügt ist », sondern einfach « so wird [1] ». Wir kommen also zum Resultat, daß beide als gleichberechtigte Miterben zu betrachten sind. Erwirbt aber der Vorberufene wegen Erbunwürdigkeit nicht, so tritt an dessen Stelle als Erbe allein der Nacherbe ein [2].

Die Einsetzung eines Nacherben ist fernerhin auch zu trennen von der Zuwendung der bloßen Nutznießung an der

puppt und den Testator nach dem Abschluß des Testamentes tötet, um den Erbschaftserwerb zu beschleunigen? Ist es hier gerechtfertigt, den Y. zu Gunsten des Gemeinwesens auszuschließen und ihn für das Verbrechen des X. mit der ganz gleichen zivilrechtlichen Strafe zu belegen, wie diesen?

[1] Die gleiche Fassung ist schon in den beiden vorhergehenden Entwürfen enthalten. Cf. Teilentw. v. 1895, Art. 446, Abs. 4. Vorentwurf v. 1900, Art. 511, Abs. 3.

[2] Daß dies unbillig ist, bedarf keiner näheren Begründung.

Erbschaft [1]. Während bei der Nacherbschaft zunächst der Vorerbe Eigentümer der Erbschaft wird, nach ihm aber der Nacherbe Eigentum daran erwirbt [2], ist bei der Nutznießung immer nur ein Eigentümer vorhanden, welchem gegenüber ein Vermächtnisnehmer mit einem bloßen Recht auf Nutzung der Erbschaft steht. Die Erbschaftsnutznießung ist gemäß Art. 488, Abs. 2 eine besondere Art des Vermächtnisses und als solche von den Erläuterungen [3] noch ausdrücklich von der Nacherbschaft unterschieden. Der Vorerbe würde also regelmäßig als bloßer Vermächtnisnehmer angesehen, während der Nacherbe als direkter Erbe und Eigentümer der Erbschaft betrachtet werden müßte. Dieser kann jedoch als einzig eingesetzter Erbe die Erbschaft nur herausverlangen, wenn er zur Zeit des Erbfalles als Rechtssubjekt existiert [4].

Ist es zweifelhaft, ob Einsetzung eines Nacherben oder Nutznießung verfügt sei, so dürfte immer Nutznießung anzunehmen sein; denn auch hier hat man davon auszugehen, daß die leichtere Belastung der schwereren vorzuziehen sei [5]. Es ist nun aber ohne Zweifel für einen Erben viel härter, sich in die Stellung eines bloßen Nutznießers hineinzufinden, als direkt als Eigentümer zu gelten, wenn auch belastet mit einer Herausgabepflicht. Übrigens dürfte auch ins Gewicht fallen, daß die Einsetzung eines Vorerben gegenüber der Zuwendung einer Nutznießung sich so gut in das Verhältnis einer Ausnahme zur Regel stellt, als dies bei der Testamentsgegenüber der Intestaterbfolge der Fall ist [6]. Wenn daher nach dem Entwurf die Vermutung nie für die testamenta-

[1] Cf. Art. 757.

[2] Art. 495, Abs. 2. Art. 496, Abs. 1.

[3] Erl. z. Vorentw. v. 1900, S. 76; unverständlich war es, wenn die Erl. z. Teilentw. v. 1895 vom Nacherben als einem Legatar redeten (S. 150).

[4] Vergl. unsere Ausführungen, S. 46 ff.

[5] Cf. Erl. z. Vorentw. v. 1900, S. 72, 73, 78.

[6] Cf. Art. 485, Abs. 2, Erl. z. Vorentw. v. 1900, S. 56.

rische Erbfolge spricht, so tut sie es ebensowenig für die Nacherbfolge. Auch die Möglichkeit, die der Entwurf dem Erblasser gibt, die Stellung des ersten Empfängers des Nachlasses durch Zuwendung eines bloßen Nießbrauchs einzuschränken, gibt nicht Veranlassung zur Auslegung letztwilliger Verfügungen im Sinne der Nacherbschaft [1].

Ist Einsetzung als Vorerbe auch dann anzunehmen, wenn der Erblasser einem die Nutznießung zuwendet, ihm aber zugleich die Verfügung und Verwaltung über die Erbschaft gibt ? Gibt er ihm die Verwaltung und Verfügung im eigenen — des Nutznießers — Interesse, so liegt jedenfalls die Annahme von Vorerbschaft nahe und dürfte bei ungenauer Ausdrucksweise des Erblassers das Richtige treffen. Ausgeschlossen wäre sie aber natürlich dann, wenn der Erblasser bestimmt den einen als Erben, den anderen als Nutznießer, jedoch mit dem Rechte freier Verfügung und Verwaltung im eigenen Interesse bezeichnen würde. Bei diesem sogenannten « Dispositionsnießbrauch [2] » könnte der Eigentümer trotzdem seine Eigentumsrechte in gewissem Umfange geltend machen, so vor allem seine Klagerechte ausüben. Schon entfernter liegt die Annahme von Vorerbschaft aber dann, wenn dem Nießbraucher Verfügung und Verwaltung in fremdem Interesse gegeben wird. Abgesehen davon, daß das Handeln des Vorerben in fremdem Interesse mit der rechtlichen Stellung eines Vorerben in Konflikt käme, darf man dem Nutznießer doch nicht zumuten, daß er nun als Vorerbe noch Sicherstellung leiste [3], um dann noch die Früchte seiner Verfügung und Verwaltung herausgeben zu müssen. Seine Stellung

[1] Das Gleiche behauptet für das deutsche Recht : Endemann, l. c., III., S. 173, wird aber bekämpft von Groth : « Die Nacherbschaft nach B. G. B. », Rostock, 1902, S. 16-17, der in Anbetracht der umfassenden Regelung des B. G. B. das Gegenteil annimmt.

[2] Ausdruck von Kohler im Jahrbuch für Dogmatik (N. F., Bd. 12, S. 187.

[3] Was ja nach Art. 494, Abs. 2 für den Regelfall verlangt ist.

ist besser die : er ist Nutznießer der Erbschaft und bezüglich seiner weitergehenden Befugnisse Willensvollstrecker [1].

Nicht zu verwechseln mit der Zuwendung der bloßen Nutznießung ist die Zuwendung eines Forderungsrechtes [2] an der Erbschaft überhaupt. Es stellt sich nämlich die Frage : Darf der Erblasser dem Zweitbedachten lediglich ein Forderungsrecht an der ganzen Erbschaft einräumen, oder will Art. 492, Abs. 1 als zwingende Norm in dem Sinne gelten, daß der Zweitberechtigte auf die ganze Erbschaft immer als Erbe zu betrachten sei ? Nach den Erläuterungen [3] scheint die Frage eher im Sinne der Annahme als Erbe beantwortet werden zu müssen ; denn es heißt : « Was die Konstruktion anbelangt, so behandeln wir den Fiduziar und den Fideikommissar einfach als Erben des Erblassers. » Damit stimmt Art. 487, Abs. 2 überein, wonach jede Verfügung als Erbeinsetzung zu betrachten ist, « nach der ein Bedachter die Erbschaft insgesamt oder zu einem Bruchteil erhalten soll. » Es gibt nun allerdings Fälle, wo ein Bedürfnis vorliegen kann, dem Zweitbedachten lediglich ein Forderungsrecht zu geben. So speziell da, wo der Erblasser den Vorerben nur auf Herausgabe des Wertes der Erbschaft verpflichten möchte. Will der Erblasser dies, so steht ihm kein Hindernis im Wege, nur ist dann der Zweitbedachte nicht Erbe, sondern Vermächtnisnehmer. Er kann die Erbschaft selbst zum Vornherein abschätzen und dann seinem Erben die Pflicht auferlegen, bei Eintritt eines bestimmten Zeitpunktes eine individuell bezeichnete Summe herauszugeben. Er kann aber auch dem Zweitbedachten einfach eine Forderung auf den

[1] Art. 522 ff. ; vergl. darüber für das deutsche Recht Erdmann : im Archiv für die civil. Praxis, Bd. 94, S. 284 und 300 ff.

[2] Cf. Windscheid, l. c. III. S. 258.

[3] Erl. z. Teilentwurf v. 1895, S. 150 u. z. Vorentwurf v. 1900, S. 75. Das deutsche B. G. B. scheint in § 2103 ein Universalvermächtnis neben der Nacherbschaft zuzulassen. Cf. Hachenburg, l. c., S. 8. Herzfelder, l. c., Bem. 1 zu § 2103, S. 371. Planck, l. c., Bem. 1 zu § 2103. Groth. l. c., S. 21.

Schatzungswert der Erbschaft zu einer beliebigen späteren Zeit geben. Der Unterschied ist dann nur der, daß im ersten Falle die Höhe der Forderung zum Voraus fixiert ist, während sie im zweiten Falle sich erst später bestimmt. Der Zweitbedachte hat dann nicht einen Anspruch auf die Erbschaft — was wir als Vermächtnis unzulässig erachtet haben — sondern einen solchen auf den Wert der Erbschaft, was etwas grundverschiedenes ist. Mit einem Universalerbenvermächtnis hat dieser Fall nichts zu tun. Daß es zulässig ist, auf dem Vermächtniswege den Betrag der Erbschaft auch im Werte zu erschöpfen, wird angesichts Art. 490, Abs. 1 wohl niemand bezweifeln.

Auch die fernere Frage, ob das Verbot der Verfügung von Todes wegen als Nacherbeneinsetzung zu betrachten sei, können wir nicht bejahen. Der Entwurf gibt uns gar keinen Anhaltspunkt zu einer solchen Annahme, die ja über den Willen des Erblassers hinausgehend wäre. Der Wille des Erblassers ist vor der Hand nur der, daß sein Vermögen keiner letztwilligen Verfügung durch den Erben unterliege, dieser im übrigen aber ungestört und frei schalten und walten könne. Bei Annahme von Nacherbschaft gäbe man dem Dritten ein festes Anwartschaftsrecht, würde eine gewisse Kontrolle über den Vorerben gestatten und ihn zudem verpflichten, Sicherstellung zu leisten. Das kann der Erblasser unmöglich gemeint haben, ja in vielen Fällen wäre es geradezu im grellsten Widerspruch zu seinem Willen. Wenn der Erblasser seinem Testamentserben das Verbot letztwilliger Verfügung auferlegt, einzig weil er befürchtet, es möchte auf direktem oder indirektem Wege zu Gunsten der toten Hand verfügt werden, wäre es ungerechtfertigt, wollte man den gesetzlichen Erben des Erben, die ihm — dem Erblasser — vielleicht durchaus gleichgültig waren, die er unter Umständen überhaupt gar nicht gekannt hat, nun Nacherbenrechte erteilen [1].

[1] Cf. C. C. von Tessin, Art. 509, wo dieser Fall als: « tacita sostituzione » aufgenommen ist. Auch der I. Entwurf zum deutschen

Etwas anders liegt der Fall, wenn der Erblasser dem Erben verbietet, überhaupt über die Erbschaft zu verfügen. Man wäre geneigt, diesen Fall als Nacherbeneinsetzung auszulegen, zumal dann, wenn das Veräußerungsverbot nicht ein nudum praeceptum, sondern wirklich zu gunsten eines Dritten ergangen ist [1]. Allein dem stehen gewichtige, für uns ausschlaggebende Bedenken gegenüber. Der Entwurf geht davon aus, daß dem Vorerben eine ziemlich weitgehende Verfügungsfreiheit, als wesentliches Vorerbenrecht, zustehe. Nehmen wir dem Vorerben dieses sein Hauptrecht, was ohne eine zu weitgehende einschränkende Interpretation der Regeln über die Vorerbschaft nicht angängig erscheint, so sinkt er in die Stellung eines Scheinerben herab und unterscheidet sich praktisch kaum mehr von einem Nutznießer. Zudem ließe sich dann die Sicherstellung, die Art. 494, Abs. 2 für den Regelfall verlangt, kaum mehr rechtfertigen; sie ließe sich nur mehr dann erklären, wenn eine Gefährdung der Nacherbenrechte nachgewiesen würde.

B. G. B. stund in § 1806 auf diesem Boden. Die II. Kommission strich aber den § 1806, davon ausgehend, daß ein Verbot der gedachten Art, wenn es gültig sein solle, nur die Bedeutung haben könne, daß der Nachlaß des Erblassers, soweit er Bestandteil des Nachlasses des Erben werde, der Verfügung des letztern von Todes wegen nicht unterliegen solle. Demnach sei § 1806 als Auslegungsregel zwar richtig, aber entbehrlich, als Dispositivbestimmung aber unrichtig und würde zu Schwierigkeiten beim gemeinsamen Testament und beim Erbvertrag führen. Cf. Herzfelder, l. c., S. 367. Hachenburg, l. c., S. 8.

[1] Cf. C. C. von Freiburg, Art. 842 und C. C. von Wallis, Art. 726, welche das Veräußerungsverbot zu Gunsten eines bezeichneten Dritten immer als fideikommissarische Substitution auffassen.

B.

Begründung der Nacherbschaft.

I. Begründung in Bezug auf die äussere Form.

Die Einsetzung eines Nacherben, als bedingte Erbeinsetzung, ist in Bezug auf die äußere Errichtungsform den gleichen Regeln unterstellt, wie jede andere Erbeinsetzung. Es kommen also auch hier, nach Art. 502 ff. in Betracht: die Form der öffentlichen Verfügung, die private schriftliche Form und die mündliche Verfügung [1].

Neben diesen drei Formen ist die Einsetzung eines Nacherben durch Erbvertrag [2] durchaus zulässig. Dabei kann sowohl der Vor- als der Nacherbe Gegenkontrahent des Erblassers sein. Beachtung verdient der Fall, da bereits bei Lebzeiten des Erblassers dessen Vermögen auf den Vertrags-

[1] Sten. Bull. 1905, S. 1380 ff.

[2] Art. 517 ff. Nach dem Teilentwurf von 1895, der in Art. 442, Abs. 1 zur Einsetzung eines Nacherben eine «letztwillige» Verfügung verlangte, wäre die Einsetzung durch Erbvertrag nicht angängig gewesen; denn der Erbvertrag ist keine letztwillige, d. h. bis zum Teil des Erblassers frei widerrufliche Verfügung und ferner auch nicht eine einseitige, d. h. durch den alleinigen Willen des Testators zustande gekommene Verfügung. Der Entwurf unterscheidet ihn daher auch von den Verfügungen, welche er als «letztwillig» bezeichnet und stellt ihn als eine Unterart der Verfügungen von Todes wegen dar. Cf. Sten. Bull. 1905, S. 1354.

vorerben übergegangen ist. Hier ist die interessante Möglichkeit gegeben, daß der Zeitpunkt der Nacherbfolge bereits eintritt vor dem Tode des Erblassers, da nach Art. 536, Abs. 3 Rechte und Pflichten aus dem Vertrag, selbst wenn der Erblasser noch lebt, auf die Erben des eingesetzten Erben übergehen, falls die Übergabe des Vermögens an den Vorerben bei Lebzeiten des Erblassers stattgefunden hat. Hat eine solche Übergabe nicht stattgefunden und ist der Erblasser zur Zeit der Todes des Vorerben aus dem Vertrag bereichert, so kann man sich fragen, ob dann dem Nacherben wenigstens ein Recht auf diese Bereicherung zustehe [1] ? Es ist dies nach dem Wortlaut des Art. 520, Abs. 2 zu verneinen, einerseits, weil hier von den « Erben des Verstorbenen » die Rede ist und dann, weil der Ausdruck : « wenn es nicht anders bestimmt ist » sich nicht auf die herausforderungsberechtigten Personen, sondern auf die Herausgabepflicht des Erblassers bezieht. Ob nun der Nacherbe Regreß auf die « Erben des Verstorbenen » nehmen könne, hängt im Einzelfall von seinem Verhältnisse zum Vorerben und zum Erblasser ab.

Die Bestimmung des Art. 536, Abs. 3 wurde hauptsächlich wegen des Substitutionsfalles in den Entwurf aufgenommen [2]. Man hat zwar den darin enthaltenen Grundsatz als selbstverständlich bezeichnet, ihn aber doch aufgenommen, um den Gegensatz zum jetzigen Art. 520, Abs. 2 hervorzuheben. Beim ersten Anblick könnte man in der Fassung dieses Abs. 3 Schwierigkeiten sehen, weil er davon spricht, daß Rechte und Pflichten aus dem Vertrag, unter Vorbehalt einer anderen Anordnung, auf die Erben des eingesetzten Erben — also des Vorerben — übergehen. Der Entwurf geht aber — wovon später [3] — von der Auffassung aus, daß der Nacherbe nicht Erbe des Vorerben, sondern

[1] Art. 520, Abs. 2.
[2] Cf. Erl. zum Teitentwurf von 1895, S. 165.
[3] S. S. 135 ff.

Erbe des Erblassers ist. Die Erben des Vorerben sind seine gesetzlichen oder seine Testamentserben, also nicht der Nacherbe. Diese Zweifel schneidet aber Satz 2 von Abs. 3 : « unter Vorbehalt einer andern Anordnung », ab, weil diese andere Anordnung bei der Nacherbeneinsetzung immer vorhanden ist. Die Erben des Vorerben treten nur dann ein, wenn der Zeitpunkt der Auslieferung über den Moment des Todes des Vorerben hinausgeschoben ist, aber auch hier unbeschadet der Rechte des Nacherben ; denn die Erben des Vorerben erwerben die Erbschaft mit den Rechten und Pflichten aus dem Vertrag [1], also auch mit der Auslieferungspflicht an den Nacherben.

II. Begründung in Bezug auf die konkludente Willenserklärung des Erblassers.

Muß der Wille des Erblassers in einer der erwähnten Formen erklärt werden, so entsteht die weitere wichtige Frage, wie dieser Wille selbst beschaffen sein müsse, um die Einsetzung eines Nacherben enthalten zu können.

Aus Art. 492, Abs. 1 können wir einmal entnehmen, daß der Wille des Erblassers dahin gehen und dahin erklärt sein muß, den eingesetzten Erben als Vorerben zu verpflichten, einem andern als Nacherben die Erbschaft auszuliefern [2]. Er muß sich also darnach auf die ganze Verfügung erstrecken und sich nicht bloß auf die Einsetzung des Vor- oder des Nacherben beziehen. Der Erblasser verfügt hier bewußter Weise Einsetzung eines Nacherben, bestimmt Vor- und Nacherbe, sowie den für den Eintritt der Nacherbfolge maßgebenden Zeitpunkt. Er sieht das Schicksal seiner Erbschaft

[1] Art. 536, Abs. 2.

[2] Cf. S. 9 und 10. Auf die ganze Verfügung erstreckt sich der Wille des Erblassers, wenn z. B. verfügt wird : « A. ist mein Vorerbe bis er heiratet, nachher erhält die Erbschaft B. als Nacherbe ».

voraus und weiß zum vorneherein, daß die Erbschaft zunächst dem einen, dann dem andern zufallen wird [1]. Für eine derart bestimmte Nacherbeneinsetzung gebrauchen wir die in der deutschen Literatur gebräuchlichen Bezeichnungen: « gewollte », « unmittelbare », « effektive [2] ».

Dem gegenüber gibt es aber doch Fälle, in denen der Erblasser nur entweder den Vor- oder den Nacherben bezeichnet hat, möglicherweise sogar an eine Nacherbeneinsetzung gar nicht gedacht hatte. Diese stellen sich praktisch so dar, daß der Erblasser zwar einen Erben einsetzt, ihn vielleicht als Vor- oder Nacherben bezeichnet, im übrigen aber nicht bestimmt, wer die andere Person sei, welche notwendigerweise noch einzutreten hat. Eine solche Verfügung wird als « mittelbare », « konstruktive [3] » Nacherbschaft bezeichnet, weil der Wille des Erblassers vom Gesetze ergänzt werden muß. Auch dem Entwurf ist diese konstruktive Nacherbschaft bekannt, trotzdem sie unter die Definition nicht subsumiert werden kann [4].

Die konstruktive Nacherbschaft zeigt Verschiedenheit, je nach dem der Erbe suspensiv oder resolutiv bedingt eingesetzt ist.

Im ersten Fall ist der Erbe also nur als Nacherbe berufen[5]. Trotzdem wird die Verfügung nach dem Entwurf aufrecht erhalten. Es entspricht dies einem praktischen Bedürfnis, da eine derartige Erbeinsetzung unter einer Suspensivbedingung, auch wenn keine weitere Bestimmung mehr dabei ist, durchaus nichts befremdendes an sich hat. Sie ist vor

[1] Cf. Mielke, l. c., S. 22.

[2] Cf. Hachenburg, l. c., S. 6 ff. Endemann, l. c. III, S. 166 ff. Mielke, l. c., S. 22.

[3] Cf. Hachenburg, l. c., S. 6 ff. Mielke, l. c., S. 22, 23. Deutsches B. G. B., §§ 2104, 2105.

[4] Cf. S. 10.

[5] Dies ist der Fall, wenn der Erblasser z. B. verfügt: « A. ist mein Erbe, so bald er heiratet ».

allem da denkbar, wo der Erblasser bei der Testamentserrichtung glaubte, die Bedingung würde schon vor oder sofort nach seinem Tode eintreten. Sollte aber die Bedingung beim Tode des Erblassers noch nicht eingetreten sein, so muß, um die Erblosigkeit des Nachlasses zu vermeiden, bis zum Eintritt derselben notwendig ein Erbe als Vorerbe eingeschoben werden. Daher bestimmt Art. 546, Abs. 2: « Ist kein Vorerbe genannt, so gelten die gesetzlichen Erben als Vorerben. » Es treten also bis zum Auslieferungszeitpunkt die nächsten gesetzlichen Erben des Erblassers in die Lücke. Die Gefahr, daß keine gesetzlichen Erben mehr vorhanden sind, welche als Vorerben eintreten können, besteht nicht, da das Gemeinwesen als letzter gesetzlicher Erbe immer noch berufen werden kann [1].

Es ist aber immerhin möglich, daß alle nächsten gesetzlichen Erben ausschlagen. In solchem Falle müßte, nach eventueller Begrüßung des noch überlebenden Ehegatten, die Erbschaft nach Art. 573, Abs. 1 zur amtlichen Liquidation gelangen [2].

Eine amtliche Liquidation dürfte jedoch nicht Platz greifen, falls der Erblasser seine sämtlichen gesetzlichen Erben von der Erbfolge ausschließt. Trotz ausgesprochenem gegenteiligem Willen des Erblassers treten seine gesetzlichen Erben gemäß Art. 546, Abs. 2 als Vorerben ein. Zwar heißt es dort nur, so « gelten » die gesetzlichen Erben als Vorerben; bei dieser Fassung könnte man beim ersten Anblick glauben, daß « gelten » gleichbedeutend sei etwa mit: « so wird angenommen, daß, » etc. Würde der Entwurf bestimmen: « so sind », wäre jeder Zweifel ausgeschlossen. « Gelten » ist jedenfalls weniger definitiv und zwingend. Den Ausschlag für

[1] Cf. Art. 473. Sten. Bull. 1905, S. 1316 ff. Sten. Bull. 1906, S. 130 ff. Botschaft des Bundesrates betreffend das Zivilgesetzbuch vom 28. Mai 1904, S. 50. Lang: « Das gesetzliche Erbrecht » in Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft XI., S. 26 ff.

[2] Bezüglich eines ev. Überschusses vergl. unten S. 91 ff.

uns gibt der französische Text, welcher präciser von : « *ont* la qualité » redet ; wir nehmen daher « gelten » im Sinne von « sind ». Der Unterschied der beiden Lesarten ist ein praktisch enorm wichtiger ; denn während bei der einen ein gegenteiliger Wille des Erblassers zu respektieren ist, ist dies bei der andern nicht zulässig. Besonders deutlich tritt die praktische Folge zu Tage, wenn der Erblasser ohne Nennung eines Vorerben und mit Ausschluß der gesetzlichen Erben, einen noch nicht Erzeugten zum Erben einsetzt [1]. Die Verfügung bleibt bestehen, wenn wir « gelten » für « sind » ansehen, im andern Falle ist sie nichtig.

Hat der Erblasser nur einzelne seiner gesetzlichen Erben ausgeschlossen, so dürfen wir selbstverständlich doch nicht so weit gehen und die strikte Bestimmung des Art. 546, Abs. 2 so auffassen, als kämen nun die näheren ausgeschlossenen vor den entfernteren, nicht ausgeschlossenen Erben als Vorerben in Frage. Wenn der Erblasser verfügt : Meine Verwandten schließe ich vom Erbgange aus und setze die künftigen Kinder meines Freundes X. zu Erben ein, so können nicht die verwandten gesetzlichen Erben als Vorerben eintreten, sondern das Gemeinwesen als einziger, nicht ausgeschlossener gesetzlicher Erbe. Soweit müssen wir unfehlbar dem Grundsatz : « ne depereat ultima voluntas testatoris » Rechnung tragen. Erst wenn alle gesetzlichen Erben ausgeschlossen sind, können die nächsten gesetzlichen Erben wieder als Vorerben in Betracht kommen.

Es kann auch noch vorkommen, daß der Erblasser seinen gesetzlichen Erben als Nacherben einsetzt, ohne einen Vorerben zu nennen. In diesem Falle wird gleichfalls, nach Art. 546 Abs. 2 der Nacherbe, falls er einziger gesetzlicher Erbe ist, gleichzeitig sein eigener Vorerbe sein. Da jedoch kein Nacherbe mehr hinter ihm steht, so verbleibt er in definitiver Erbenstellung. Etwas anders verhält es sich, wenn der Nach-

[1] Cf. weiter unten S. 46.

erbe nicht alleiniger gesetzlicher Erbe ist, sondern als Miterbe gemäß Art. 546, Abs. 2 in Betracht fällt. In solchem Falle tritt er als Vorerbe mit den übrigen Vorerben bezüglich der Rechte und Pflichten aus der Erbschaft in ein Gesamtverhältnis ein, jedoch nur bis zum Zeitpunkt des Eintritts der Bedingung, eventuell bis zur Teilung [1]. Sobald von ihm oder von einem andern Vorerben Teilung verlangt wird [2], so wird der Nacherbe bezüglich der auf ihn als Vorerbe fallenden Portion definitiver Erbe. Bezüglich der auf die übrigen Vorerben fallenden Portionen ist er hingegen von der Teilung an Nacherbe [3].

Wenn der Nacherbe diesfalls als gesetzlicher Erbe, sei es auf das Ganze oder auf eine Quote des Nachlasses zugleich auch als Vorerbe Anspruch erheben kann, so ist er bezüglich des Teiles, auf den er als Vor- und Nacherbe zugleich greifen kann, als Intestat und nicht als Testamentserbe zu betrachten. Seine Stellung ist analog derjenigen der gesetzlichen Erben, an welche der Anteil eines von der Erbschaft ausgeschlossenen oder Enterbten fällt. Auch diese sind nach dem Entwurf Intestaterben [4].

Schwieriger ist die Beurteilung der gesetzlichen Erben des Art. 546, Abs. 2, wenn sie nicht Nacherben sind, sondern in einem gegebenen Moment die Erbschaft einem Nacherben auszuliefern haben. Weil sie die Erbschaft nicht behalten können, kommen wir mit der Analogie zum Anfall bei Ausschluß eines nicht pflichtteilsgeschützten gesetzlichen Erben, resp. bei der Enterbung nicht mehr aus. Es ist aber wohl anzunehmen, daß eine Beschränkung gesetzlicher Erben

[1] Cf. Art. 601 ff. Der Nacherbe hätte diesfalls auch ein Recht auf eine Quote der Nutzungen.

[2] Art. 603.

[3] Groth: « Die Nacherbschaft nach B. G. B. », Rostock 1900, S. 24-25 will in solchem Falle — ohne triftigen Grund — den Nacherben von der Vorerbschaft ganz ausschließen.

[4] Art. 483, Abs. 2. Erl. z. Vorentwurf v. 1900, S. 72 unter C.

durch eine Nacherbfolge undenkbar ist ; denn es ist keine gesetzliche Erbfolge mehr, wenn dieselbe durch einen Endtermin kraft Verfügung des Erblassers beschränkt ist [1]. Zudem enthält die Einsetzung eines Nacherben notwendig immer auch eine Einsetzung eines Vorerben. Wird letztere vom Erblasser selbst nicht vorgenommen, so ergänzt Art. 546, Abs. 2 die Verfügung des Erblassers. Aus diesen Gründen betrachten wir die gesetzlichen Erben des Art. 546, Abs. 2, sofern sie nicht zugleich Nacherben sind, immer als Testamentserben [2].

Ein besonderer Fall der suspensiv bedingten Erbeneinsetzung, wobei die Person des Nacherben vom Gesetze konstruktiv ergänzt wird, besteht in der Einsetzung einer zur Zeit des Todes des Erblassers noch nicht gezeugten Person. Der Entwurf hat diesen Grundsatz aufgenommen in Art. 546, Abs. 1 : « Auf dem Wege der Nacherbeneinsetzung oder des Nachvermächtnisses kann die Erbschaft oder eine Erbschaftssache einer Person zugewendet werden, die zur Zeit des Erbfalles noch nicht lebt [3]. » Es ist dies eine Ausnahme von der Regel des Art. 543, Abs. 1, wonach der Erbe den Erbfall, d. h. den Tod des Erblassers, in erbfähigem Zustand erleben muß, ansonst er weder als Testaments- noch als Intestaterbe die Erbschaft erwerben kann.

Schon im römischen Recht war diese Erbeneinsetzung wenigstens im Resultat durch Zulassung derselben beim Universalfideikommiß bekannt. Hatte der Erblasser einen

[1] Herzfelder, l. c., S. 373. Anders Planck, l. c., Anm. 1 zu § 2104.

[2] Die Frage nach der Erbenqualität kann bezügl. der Erbschaftssteuer von Bedeutung sein.

[3] Der Ausdruck « noch nicht lebt » dürfte ungenau sein. Auch das Kind im Mutterleibe lebt im ersten Stadium der Schwangerschaft noch nicht. Art. 546 hat aber nur den nondum conceptus, und nicht den nasciturus (A. 545) im Auge. Richtig ist der französische Text, welcher von diesem Nacherben als einer Person redet, « qui n'est pas conçue lors de l'ouverture de la succession ».

noch nicht Gezeugten zum Erben eingesetzt, so war diese Erbeneinsetzung wegen der Erbunfähigkeit des Eingesetzten formell zwar nichtig, materiell wurde sie jedoch als Universalfideikommiß aufrecht erhalten. Dies geschah aber nur dann, wenn der nondum conceptus neben anderen Erben, welche ihm gegenüber als Fiduziare galten, eingesetzt war. War er als einziger Erbe eingesetzt, so lag ein völlig ungültiges Testament vor [1].

Die Erbeinsetzung eines nondum conceptus ist auch in den kantonalen Rechten zum Teil bekannt. Sie wird erwähnt in den Gesetzbüchern von Waadt (Art. 691), Freiburg (Art. 833), Wallis (Art. 732) und Tessin (Art. 513).

Auch das deutsche B. G. B. läßt sie in § 2101 zu. Unrichtig ist es aber, wenn Groth (S. 20) behauptet: « In den Kodifikationen finden sich für § 2101 keine Vorbilder. » Abgesehen von den soeben erwähnten kantonalen Rechten bestimmt vielmehr schon der Codice Civile von Italien (vom Jahre 1865) in Art. 764:

« Sono incapaci di ricevere per testamento coloro che sono incapaci di succedere per legge.

Possono però ricevere per testamento i figli immediati di una determinata persona vivente al tempo della morte del testatore, quantunque non siano ancora concepiti. » Als Vorerben treten dann die gesetzlichen Erben des Erblassers ein, sofern nicht Erbschaftsverwaltung angeordnet ist [2].

[1] Baron, Pandekten, S. 600. Mielke, l. c. S. 28 und 29. Groth, l. c., S. 19, 20. Paulsen: « Über die Erbfähigkeit der zur Zeit des Todes des Erblassers noch nicht empfangenen Nachkommen », Bern, 1896, S. 8 ff., S. 40 ff. Ollmann: « Über die Erbfähigkeit einer beim Tode des Erblassers noch nicht konzipierten Person ». Greifswald, 1896, S. 12 ff. Zeitschrift für schweizer. Recht N. F., Bd. 14, S. 161, wo eine diesbez., von Paulsen in obiger Schrift behandelte Gerichtsentscheidung erwähnt wird.

[2] Codice civile del regno d'Italia, Art. 857, 858, 860; vergl. dazu: Scherer, « Über die Fähigkeit eines zur Zeit des Todes des Erblassers

Die Zulässigkeit einer solchen Erbeneinsetzung ist juristisch gerechtfertigt durch die Zulässigkeit der Nacherbeneinsetzung überhaupt; denn « wenn dem Wesen der Nacherbfolge entsprechend die Berufung zur Erbschaft vom Eintritt eines bestimmten Zeitpunktes oder Ereignisses abhängig gemacht werden kann, weshalb sollte nicht auch die Person des Nacherben erst nach dem Erbfall durch Zeugung oder Geburt bestimmt werden können[1] ». Sie rechtfertigt sich aber auch, weil es ein Gebot der Billigkeit ist, dem Erblasser zu gestatten, auch den noch nicht Concipierten zum Erben zu bestellen. Man braucht nur an den Fall zu denken, da der Erblasser die Kinder eines seiner Geschwister zu Erben einsetzt. Wäre es nicht ungerecht, wenn die im Moment des Todes des Erblassers bereits existierenden Kinder alles, die später erzeugten nichts bekämen[2]? Dadurch, daß der Entwurf nicht bloß im Zweifel[3], sondern immer die Einsetzung eines nondum conceptus als Nacherbeneinsetzung aufrecht erhält, geht er von der richtigen Erwägung aus, daß dem Willen des Erblassers besser gedient ist, wenn der Eingesetzte nur etwas bekommt (alles kann er nicht bekommen, weil die Nutzung in der Zwischenzeit dem Vorerben verbleibt), als wenn man die Verfügung als ungültig bezeichnen würde.

Eine Bestimmung, die ebenfalls in das Gebiet der Erbeneinsetzung eines noch nicht Koncipierten fällt, ist in Art. 484*b* aufgenommen[4]:

« Wenn gegen einen Nachkommen des Erblassers gültige

noch nicht konzipierten posthumus zum Erben eingesetzt zu werden », in Iherings Jahrb., 23. Bd. (N. F., XI. Bd.), S. 435 ff.

[1] Groth. l. c., S. 20.

[2] Dem gegenüber befürwortete Thurgau in einer Eingabe an das Justizdepartement die Zulässigkeit der Einsetzung nur lebender Personen. Cf. Erl. z. Vorentw. v. 1900, S. 99.

[3] Cf. Deutsches B. G. B., § 2101, Abs. 1. Hachenburg, l. c., S. 11 ff.

[4] Cf. Sten. Bull. 1906, S. 141 ff. und 1907, S. 291 ff. (Nationalrat).

Verlustscheine bestehen, so ist der Erblasser berechtigt, ihn bis auf die Hälfte seines Pflichtteils zu gunsten von dessen Kindern zu enterben.

« In diesem Falle haben die eingesetzten Kinder des Enterbten den Erbteil mit ihren später hinzugekommenen Geschwistern zu teilen. »

Eine bloße Teilungsvorschrift [1] ist hier wohl kaum gemeint, weil der Erblasser alle Kinder zu Erben einsetzt, also auch die später hinzugekommenen. Letztere können aber nur Erben sein als Nacherben. Ein Nachvermächtnis (Art. 546, Abs. 1) ist deshalb ausgeschlossen, weil die Zuwendung sich auf eine Quote des Nachlasses erstreckt [2].

Über das praktische Anwendungsgebiet der Einsetzung noch nicht konzipierter Personen brauchen wir uns nicht lange zu verbreiten. Es genügt ein Hinweis auf die Tatsache, daß dieses Institut mannigfaltigen Zwecken, die der Erblasser verfolgt, zu dienen im Stande ist ; dies dürfte auch beweisen, daß es einen großen Teil der Fälle der Nacherbeneinsetzung überhaupt in der Praxis erschöpfen könnte. Darauf wies auch Hoffmann bei den Beratungen im Ständerat hin, wenn er bemerkte : « Das ist ein sehr häufiger Fall, ja ich möchte sagen, es ist geradezu der typische Fall der fideikommissarischen Substitution [3] ».

Mit dem in Art. 546, Abs. 1 erwähnten Fall hat derjenige einige Ähnlichkeit, da die Person des Erben erst durch ein zukünftiges, ungewisses Ereignis bestimmt wird. Kann nach dem Entwurf eine derart unbestimmte Person, in analoger Anwendung von Art. 546, Abs. 1 als Nacherbe eintreten ? Wird eine Verfügung als Nacherbeneinsetzung aufrechterhalten, worin derjenige, der zuerst ein wirksames Heilmittel gegen die Lungentuberkulose herstellt, zum Erben eingesetzt

[1] Art. 607.
[2] Cf. Art. 487, Abs. 2.
[3] Sten. Bull. 1906, S. 434.

ist ? Es ist dies wohl zu verneinen und zwar einmal aus dem Grunde, weil Art. 546 nur den Fall des noch nicht Gezeugten im Auge hat und den Auslieferungszeitpunkt, wenn nichts anderes verfügt wird, auf den Beginn des Lebens abstellt, während er hier auf den Moment des Eintritts des bezeichneten Ereignisses fallen soll. Zudem glauben wir, was zulässige Unbestimmtheit bezüglich der Person des Eingesetzten anbelange, stehe Art. 546 so ziemlich an der Grenze. Bei der Einsetzung des nondum conceptus ist doch noch insofern Bestimmtheit vorhanden, als der Erblasser dessen Ascendenten bezeichnen muß, während hier kein anderer Anhaltspunkt vorliegt, als die Bezeichnung des unbestimmten Ereignisses [1]. Denken wir, zu was für einer Quälerei des Vorerben die Zulässigkeit einer solchen Verfügung mit so unbestimmter Bezeichnung des Nacherben führen müßte. Die gesetzlichen Erben als Vorerben könnten unter Umständen Jahrhunderte lang in ihrer Vorerbenstellung verbleiben.

Die Verfügung kann aber dennoch aufrechterhalten werden in Form einer Stiftung [2]; überhaupt läßt sich nach dem Entwurf der Wille des Erblassers, einer derart nicht näher bezeichneten Person etwas zuzuwenden, nur durch die Stiftung zweckmässig erreichen [3].

Mehr Berechtigung auf Auslegung einer Verfügung als Nacherbeneinsetzung analog Art. 546, hat die Erbeinsetzung

[1] Cf. deutsches B. G. B., § 2105, Abs. 2. Die hier zulässige Verfügung zu Gunsten einer erst durch ein zukünftiges Ereignis sich bestimmenden Person greift Hachenburg (l. c., S. 12) mit Recht an, indem er die Frage, ob damit wirklich berechtigten Interessen gedient sei, verneint. Der Erblasser komme hiedurch leicht ins Experimentieren und verliere den festen Boden unter den Füßen.

[2] Art. 540, Abs. 2.

[3] Art. 90 ff. Art. 497. Cf. Hafter E.: « Zur Lehre von den juristischen Personen nach dem Entw. zu einem schweiz. Zivilgesetzbuch » in Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft XI. Zürich, 1905, S. 108 ff.

einer zur Zeit des Todes des Erblassers noch nicht existenten juristischen Person [1]. Die Erbfähigkeit einer bereits existenten juristischen Person steht für den Entwurf außer Zweifel [2]. Da sich die Rechtsfähigkeit einer juristischen Person überhaupt von derjenigen einer Einzelperson nicht qualitativ, sondern bloß quantitativ unterscheidet [3], so läge an sich nichts näher, als nach Art. 546, Abs. 1 auch die Einsetzung einer noch nicht existenten juristischen Person als zulässig zu betrachten [4].

Dieser Annahme gegenüber stehen aber Art. 540, Abs. 2 und Art. 497. Im ersten Falle werden Zuwendungen mit Zweckbestimmungen an eine Mehrheit von Personen insgesamt, wenn diese die juristische Persönlichkeit nicht besitzt, von allen Zugehörigen unter der vom Erblasser aufgestellten Zweckbestimmung erworben, oder gelten, wo dieses nicht angeht, als Stiftung. Der zweite Artikel spricht davon, daß die Widmung von Vermögen, « für irgend einen Zweck », ohne Heranziehung einer Personenmehrheit als Stiftung gelte, sofern diese den Erfordernissen einer Stiftung überhaupt entspreche. Daraus ergibt sich, daß der Entwurf einer noch nicht existenten juristischen Person nicht bloß die Erben-, sondern auch die Nacherbenqualität absprechen will. Es geschieht dies vielleicht deswegen, weil die Errichtung der juristischen Person nachträglich verschleppt oder aufgegeben werden könnte. Dadurch würde der Zeitpunkt der Auslieferung ins Unbestimmte gezogen, ohne daß der Vorerbe

[1] Cf. deutsches B. G. B., § 2105, Abs. 2. Herzfelder, l. c., S. 372 ff.

[2] Art. 62, Erl. z. Vorentw. v. 1900, S. 97.

[3] Cf. Hafter, l. c., S. 89.

[4] Paulsen, l. c., S. 63 postuliert de lege ferenda : « Juristische Personen können in einem Testamente wirksam zu Erben eingesetzt werden, auch wenn sie zur Zeit der Errichtung desselben noch nicht bestanden haben, wofern sie, sei es vor oder nach dem Tode des Erblassers, in das Dasein treten ».

auf die Unmöglichkeit des Eintritts derselben sich stützen könnte. (Art. 493, Abs. 3.) Dem wäre nun allerdings abgeholfen, wenn der Erblasser einen bestimmten Zeitpunkt aufstellen würde, bis zu welchem die juristische Person zu Stande gekommen sein müßte, ansonst die Erbschaft definitiv dem Vorerben verbleiben solle [1].

An die Erbeinsetzung unter einer Suspensivbedingung schließt sich, als zweite Hauptgruppe der Fälle konstruktiver Nacherbschaft, an: die Einsetzung des Erben unter bloßer Resolutivbedingung. Eine solche Verfügung bleibt, falls die Resolutivbedingung, unter welcher der Vorerbe eingesetzt ist, nicht an einem Mangel aus Art. 486, Abs. 2 und 3 leidet, durchaus bei Bestand. Es ergibt sich dies aus Art. 486, Abs. 1, wonach der Erblasser das Recht hat, seinen Verfügungen Bedingungen anzufügen.

Es stellt sich daher die Frage, wer tritt als Nacherbe ein, falls der Erblasser nur den Vorerben bezeichnet hat [2]? Der Entwurf gibt uns keine ausdrückliche Antwort darauf. Wenn also die Besetzung der Nacherbenstelle auf interpretativem Wege zu erfolgen hat, so scheinen uns dazu hauptsächlich drei Möglichkeiten in Betracht zu fallen: es treten als Nacherben ein, entweder die gesetzlichen Erben des Vorerben, oder die gesetzlichen Erben des Erblassers zur Zeit seines Todes, oder diejenigen zur Zeit des Nacherbfalles [3].

[1] Es ist unbestreitbar, daß es für viele Fälle zweckmäßig, einfach und dem Willen des Erblassers entsprechend wäre, wenn auch eine noch nicht existente juristische Person als Nacherbe eingesetzt werden könnte. Dadurch würde der Umweg, den Art. 540, Abs. 2 angibt, vermieden. Cf. Hachenburg, l. c., S. 11, 12.

[2] Man denke an die Verfügung: « A. ist mein Erbe, bis er heiratet ».

[3] Das deutsche B. G. B. bestimmt in Art. 2104, daß diesfalls Nacherben diejenigen sind, welche die gesetzlichen Erben des Erblassers sein würden, wenn er zur Zeit des Eintritts des Termins oder der Bedingung gestorben wäre. Mit Recht greift Hachenburg, l. c.,

Von diesen drei Möglichkeiten ist u. E. einzig die zweite den Intentionen des Entwurfes entsprechend. Es ist wiederholt die Rede davon, daß eine ausgefallene Portion mangels anderweitiger Verfügung des Erblassers an seine gesetzlichen Erben falle. So ist es bei der Enterbung (Art. 483, Abs. 2), Erbunwürdigkeit (Art. 542) [1], Ausschlagung eines Testamentserben (Art. 572, Abs. 2) und endlich im Falle des Art. 546, Abs. 2. Auch die Tatsache, daß der Entwurf, im Anschluß an das überlieferte Recht, die Erbberechtigung auf Grund einer Verfügung von Todes wegen als Ausnahme von der Regel des gesetzlichen Erbrechtes aufstellt, dürfte in unserm Falle zu Gunsten der gesetzlichen Erben des Erblassers reden [2]. Es liegt kein Grund vor, diejenigen gesetzlichen Erben des Erblassers zu berücksichtigen, welche die gesetzlichen Erben sein würden, wenn der Erblasser zur Zeit des Nacherbfalles gestorben wäre. Das Wort von der « Ausnahme von der Regel » spricht vielmehr für diejenigen, welche durch die Einsetzung des Vorerben unmittelbar und in erster Linie geschädigt worden sind und das sind die gesetzlichen Erben des Erblassers zur Zeit seines Todes.

Es ist nun allerdings richtig, daß es Fälle gibt, wo die Zuweisung der Erbenstellung an die gesetzlichen Erben des Vorerben [3] dem Willen des Erblassers besser entsprechen würde. Dies kann vor allem zutreffen, wenn der Vorerbe

S. 10 diese komplizierte Bestimmung an, weil es nach Jahrzehnten oft unmöglich sei festzustellen, wer Intestaterbe sei, ferner fehle es an einem Kontrolleur während der Vorerbschaft.

[1] Ist bezügl. der Wirkungen gleich gehalten, wie die Enterbung. Cf. Erl. z. Vorentw. v. 1900, S. 99.

[2] Cf. Erl. z. Vorentw. v. 1900, S. 26. Das auf S. 25 zitierte Sprüchwort :

« Wer will wohl und selig sterben
Läßt sein Gut den rechten Erben »,

bringt hier seine Wirkungen wieder deutlich zum Ausdruck.

[3] Eine so gestaltete Regelung wünschte Prof. v. Salis in seiner Eingabe an das Justizdepartement vom 19. III. 1896.

Nachkommen hat und seine Erbenstellung etwa an eine Bedingung, welche sein zukünftiges Verhalten betrifft, geknüpft ist. Allein, wo zwischen gesetzlichen und erkorenen Erben zu unterscheiden ist, möchten wir uns im Zweifel mit dem Entwurf zu Gunsten der erstern entscheiden ; denn es dürfte doch die Erwägung im allgemeinen richtig sein, daß, wenn der Erblasser dem Vorerben die Erbschaft wieder entreißen will, falls dieser seinem Willen zuwiderhandelt, auch der Stamm des Vorerben von ihm nichts erhalten soll. Zudem kann es vorkommen, daß der Erblasser die Erben des Vorerben überhaupt nicht kennt, oder ihnen vollständig gleichgültig gegenübersteht. Wäre es nicht unbillig, derartige « lachende » Erben den eigenen Verwandten des Erblassers vorzuziehen ? Man nehme den Fall, da der Erblasser als gesetzliche Erben seine Ehefrau und zwei mittellose Brüder hinterläßt. Letzere beschränkt er auf den Pflichtteil und setzt im übrigen die Ehefrau zur Erbin ein, aber auch diese soll auf den Pflichtteil beschränkt sein[1], falls sie sich wieder verheiraten sollte. Es wäre nun gewiß ein unerwünschtes Resultat, wenn die disponible Quote bei Wiederverheiratung der Frau an deren Verwandte fiele, während die Brüder des Erblassers leer ausgehen würden.

Zu Gunsten der gesetzlichen Erben des Vorerben spricht scheinbar Art. 543, Abs. 2 ; denn er bestimmt : « Stirbt ein Erbe, nachdem er den Erbfall erlebt hat, so vererbt sich sein Recht an der Erbschaft auf seine Erben. » Allein ist « sein Recht » an der Erbschaft ein resolutiv bedingtes, so kann es auch nur als so bedingt auf die Erben des Vorerben übergehen. Das gleiche trifft zu bei Art. 493, Abs. 2.

[1] Cf. Art. 478, Ziffer 4 : Ungenau ist wohl die Ausdrucksweise, wenn hier vom überlebenden Ehegatten als « einzigem gesetzlichen Erben » die Rede ist. Dies kann er nicht sein, weil das Gemeinwesen als gesetzl. Erbe neben ihm steht. Gemeint sind doch nur die Pflichtteils geschützten Erben ?

Auch Art. 493, Abs. 3 beweist gegen unsere Behauptungen nichts. Fällt die Resolutivbedingung, unter welcher der Vorerbe eingesetzt ist, aus, so gelangt die Erbschaft allerdings nach dessen Tode an seine Erben. Diese succedieren aber nicht in die Stellung ihres Vorgängers als Nacherben, weil der Zeitpunkt der Auslieferung ja nicht eintreten kann und ein Nacherbfall deshalb überhaupt nicht vorhanden ist. Diese Bestimmung kann daher auch nicht analog herangezogen werden. Sie behandelt einen, dem in Frage stehenden ganz entgegengesetzten Fall; denn während wir fragen: was hat zu geschehen, wenn die Resoltutivbedingung eingetreten ist, gibt Art. 493, Abs. 3 Antwort auf die Frage: was hat zu geschehen, wenn die Resolutivbedingung ausfällt?

C.

Begrenzung der Nacherbschaft.

I. Begrenzung bezüglich des Umfanges.

Durch Art. 486 wird dem Erblasser gestattet, seinen Verfügungen Auflagen und Bedingungen anzufügen. Damit soll aber nicht gesagt sein, daß der Erblasser in dieser Weise die durch den zweiten Abschnitt des 14. Titels abgegrenzte Verfügungsfreiheit [1] ausdehnen könne. Die Regeln über die Verfügungsfreiheit sind zwingender Natur und zwar in der Weise, daß auch Art. 486 davon keine Ausnahme machen will. Zwar enthalten die drei Entwürfe speziell für die bedingte Erbeneinsetzung keine diesbezüglichen Bestimmungen. Man hielt es wohl für selbstverständlich, daß auch für die Nacherbschaft die Grundsätze über die disponible Quote gelten sollten. Sowohl die Erläuterungen zum Teilentwurf von 1895 [2], als zum Vorentwurf 1900 [3] erklärten noch ausdrücklich, daß es sich bei der Nacherbschaft « überall nur um die disponible Quote handle, so daß auch die pflichtteilgeschützten Erben des Vorerben — in dem, was sie

[1] Art. 477 ff.
[2] S. 150.
[3] S. 76.

als Pflichtteil ihres Erblassers indirekt vom Erblasser zu erwarten haben [1] — in keinem Fall eine Zurücksetzung erfahren. »

Daraus ergibt sich einmal, daß der Erblasser seine Befugnisse überschreitet, wenn er den Pflichtteil, den der Vorerbe von ihm zu erwarten hat, mit einer Nacherbschaft belastet und wäre dies selbst zu Gunsten der gesetzlichen Erben des Vorerben. Es würde sich daher von selbst verstehen, daß der Vorerbe, dem der Erblasser den Pflichtteil ganz oder zum Teil mit einer Nacherbschaft belastet hat, dem Nacherben gegenüber Reduktion seines Anwartschaftsrechtes bis auf die disponible Quote verlangen könnte. Denn es wäre gewiß unbillig, wenn der Vorerbe z. B. ein halbes Jahr in seiner Vorerbenstellung verbleiben dürfte, dann aber auch sein Pflichtteil dem Nacherben ipso-jure anfiele, ohne daß der Nacherbe, wie etwa ein Vermächtnisnehmer sich eine Herabsetzung gefallen lassen müßte. Und doch, nach dem Wortlaut des Entwurfes [2], dürfen wir dem Vorerben diesen Schutz nicht zu teil werden lassen ; denn er ist eingesetzt unter einer Auflage und « in betreff der Auflagen ist dem Beschwerten eine Herabsetzungsklage nicht gegeben [3]. » Der Vorerbe hat nur die Wahl, sich mit dem aus der Auflage Klageberechtigten zu verständigen, was wegen der Ersatzerbenqualität des Nacherben zu keinem « großmütigen » Ergebnis führen dürfte, oder die Erbschaft auszuschlagen. — Wenn wir auch, wie bereits dargetan, die Auflage des Art. 495, Abs. 2 als ein Unicum einer Auflage betrachten, so wird es doch nicht leicht sein, diese Härte auf dem Wege einer weitgehenden Interpretation auszumerzen [4]. Offenbar von derartigen Erwägungen

[1] Dieser Satz ist in den Erl. zum Teilentwurf von 1895 nicht enthalten.

[2] Cf. Art. 527, 533, 495, Abs. 2.

[3] Erl. z. Vorentwurf v. 1900. S. 73.

[4] Cf. Rümelin, l. c., S. 105 unten und S. 104, Anmerkung 2.

ausgehend, hat die nationalrätliche Kommission, auf Anregung von französischer Seite her[1], die Aufnahme eines Art. 532*bis* beantragt, mit dem Wortlaute : « Eine Nacherbeneinsetzung ist gegenüber einem pflichtteilsberechtigten Erben im Umfange des Pflichtteils ungültig. » Dieser Antrag wurde von den Räten angenommen[2]. Darnach hat der pflichtteilsgeschützte Erbe nicht eine bloße Klage auf Herabsetzung, sondern die Ungültigkeitsklage im Umfange seines Pflichtteils. Es ist dies deshalb bemerkenswert und eigentümlich, weil die Ungültigkeitsklage sonst nur für ganz außergewöhnliche Fälle, wie mangelnde Verfügungsfähigkeit, mangelhafter Wille, Unsittlichkeit oder Rechtswidrigkeit des Inhalts, Formmangel, etc. gegeben ist[3], bei Überschreitung der Verfügungsbefugnis durch den Erblasser aber immer nur die Herabsetzungsklage anzuwenden ist[4]. Dieser Unterschied dürfte sich wohl kaum rechtfertigen und es ist, nebst anderm, nicht einzusehen, warum hier jedermann, der an dem Nichtvorhandensein einer Verfügung ein Interesse hat[5], ein Klagerecht haben soll, während dies sonst nur die Erben haben, die nicht dem Werte nach ihren Pflichtteil erhalten[6].

Der gleiche Schutz, den der Vorerbe beanspruchen kann, steht auch dem Nacherben zu. Ist also der Nacherbe pflichtteilgeschützter Erbe der Erblassers, so genügt es nicht, wenn

[1] Zum Rapport présenté au Conseil d'Etat du canton de Vaud par la commission chargée par lui d'examiner l'Avant-Projet du Code civil suisse, Lausanne, 1904, S. 22. Diese Kommission machte den Vorschlag, ein neues Alinea zu Art. 532 aufzunehmen, lautend : « s'il s'agit d'une substitution, qui excède la quotité disponible, elle doit-être reduite à cette quotité ». Dieser Vorschlag wurde von Décoppet in der nationalrätlichen Kommission wiederholt.

[2] Stenogr. Bull. 1905, S. 1392, 1395, 1396 ; 1906, S. 427, 428.

[3] Art. 524.

[4] Art. 527.

[5] Art. 524, letzter Absatz.

[6] Art. 527, Abs. 1.

ihm der Pflichtteil bloß als Nacherbe zu Teil wird; denn jeder Erbe muß gemäß Art. 527, Abs. 1 den Pflichtteil wenigstens im Werte erhalten. Eine bloße Anwartschaft hat für den Nacherben jedoch sehr wenig oder möglicherweise gar keinen Wert [1], da er nichts erhalten würde, falls er vor dem Auslieferungszeitpunkte sterben sollte. Man könnte nun allerdings geneigt sein, eine Verfügung, worin der Erblasser seinem Erben die Pflicht auferlegt, einen Teil der Erbschaft an einem bestimmten Zeitpunkte einem andern auszuliefern, als bloße Erbeinsetzung verbunden mit Teilungsvorschrift zu Gunsten des Nacherben aufzufassen. Allein dies ist schon deshalb ausgeschlossen, weil Teilungsvorschriften [2] nur Miterben auferlegt werden können, Nach- und Vorerbe aber keine Miterben, sondern successiv aufeinander folgende Alleinerben sind.

Über den Pflichtteil hinaus erstreckt sich nach dem Entwurf der Schutz weder dem Vor- noch dem Nacherben gegenüber. Ist kein Pflichtteilsberechtigter vorhanden, so hat der Erblasser vollständige Verfügungsfreiheit [3]. Er kann daher den Vorerben verpflichten, die Erbschaft an einem beliebigen Zeitpunkt auszuliefern, ohne daß bei der Auslieferung eine Quote des Nachlasses — entsprechend der gemeinrechtlichen Quarta Falcidia — zurückbehalten werden

[1] Dies auch wegen der regelmäßigen Unvererblichkeit des Anwartschaftsrechtes. Cf. Art. 496, Abs. 2, sowie unsere Ausführungen S. 80. Cf. deutsches B. G. B., § 2306. Herzfelder, l. c., S. 367, 407, 641 ff. Nicht beistimmen könnten wir den Motiven zum deutschen B. G. B., S. 121, wenn sie erklären: « Die Anschauung, daß dem Pflichtteilsberechtigten, welcher nur als Nacherbe eingesetzt ist, zur Zeit noch nichts hinterlassen ist, hat nur einige scheinbare theoretische Gründe für sich, ist aber innerlich nicht haltbar; das die Kehrseite der sachlichen Gebundenheit des Vorerben bildende bedingte Recht des Nacherben besteht schon von dem Erbfalle an ».

[2] Art. 607, Erl. z. Vorentwurf 1900, S. 67.

[3] Art. 477, Abs. 2.

dürfte [1]. Es ist dies in Übereinstimmung damit, daß ein, sei es mit einer Auflage oder mit einem Vermächtnis Beschwerter ein solches Abzugsrecht überhaupt nicht hat [2]. Zwar fehlte es nicht an Stimmen, welche die Aufnahme einer solchen Bestimmung befürworteten [3], weil es in vielen Fällen der Billigkeit entsprechen und mancher absichtlichen Chicane durch den Erblasser den Riegel stoßen würde. Trotzdem lehnte der Entwurf ein solches Abzugsrecht von Anfang an grundsätzlich ab [4].

Das gleiche Schicksal traf einen weiteren Antrag, der dahin ging, der Entwurf möchte die in mehreren kantonalen Gesetzbüchern [5] enthaltene Bestimmung aufnehmen, daß, falls der Vorerbe nachträglich Nachkommen erhalte, die Substitution eines Dritten dahinfallen solle. Die waadtländische Kommission zum Studium des Entwurfes schrieb [6] zu Art. 493:

[1] Dieses Abzugsrecht ist von den kantonalen Rechten einzig im Tessin (C. C., Art. 510) bekannt.

[2] Cf. Erl. z. Vorentwurf von 1900, S. 73.

[3] Cf. IIIme Rapport présenté au Conseil d'Etat du canton de Vaud par la commission, etc., l. c., S. 21-22. v. Salis: Eingabe an das Justizdepartement vom 19. III. 1896.

[4] Mit Grund; denn abgesehen davon, daß es sich hier überall nur um die disponible Quote handelt, würde ein solches Abzugsrecht speziell bei Vereinigung mehrerer Erbteile, sowie im Verhältnis zum Pflichtteil zu großen Kompliziertheiten führen. Hat der Vorerbe während der Zeit der Vorerbschaft die Nutzung der Erbschaft, so geht er doch nicht leer aus. Tragen ihm aber die Nutzungen aus irgend einem Grunde nichts Erträgliches ein, so daß er in seiner Erbeinsetzung eine Chicane erblickt — was doch Ausnahme sein dürfte —, so hat er sich nur die leichte Mühe zu nehmen, die Erbschaft einfach auszuschlagen.

[5] Cf. C. C. v. Waadt, Art. 696: « Si l'héritier institué a laissé des descendants nés en légitime mariage à l'époque de l'ouverture de la substitution, la substitution est éteinte, à moins que ces descendants ne soient eux-mêmes les substitués ». Diese Regel wiederholen im wesentlichen die Gesetzbücher von Freiburg (Art. 841), Wallis (Art. 737) und Tessin (Art. 518).

[6] IIIme Rapport, etc., S. 22.

« L'art. 493 prévoit la possibilité d'une substitution à un terme autre que la mort de l'institué, et d'autre part ne prévoit pas, comme notre Code Vaudois, la caducité de la substitution, si l'institué laisse des descendants. La commission verrait avec plaisir ce principe inscrit dans la loi et comme conséquence elle voudrait retrancher les mots : « sauf disposition contraire » du premier alinéa, ces dispositions contraires ne pouvant qu'ouvrir la porte à de nombreuses difficultés pratiques. » Auch Minister Lardy in Paris [1] schrieb zu Art. 538 des Dep.-Entwurfes : « Ne conviendrait-il pas pour les personnes sans enfants d'admettre, que la survenance d'enfants annulle les testaments et les pactes successoraux ? » Offenbar ist hier nicht bloß der Fall gemeint, da der Vorerbe nachträglich Abkömmlinge erhält, sondern auch der Fall, da dem Erblasser selbst nachträglich Nachkommen geboren werden.

Die Erläuterungen [2] selbst berichten, daß man diesen Fall ebenfalls erwogen habe. Man habe aber deswegen davon abgesehen, besondere Vermutungen hiefür aufzustellen, weil es sich hier ja überall nur um die disponible Quote handle, über die der Erblasser nach Willkür verfügen dürfe. Wir haben nicht zu untersuchen, ob diese Begründung zutreffend ist oder nicht, jedenfalls läßt sich aber sagen, daß die Nichtberücksichtigung nachgeborner Erben in den meisten Fällen weder der Billigkeit, noch dem Willen des Erblassers entspricht. « Hier ist es dem Erblasser gewiß um die Fürsorge für das Vermögen für die Zeit nach dem Tode seines kinderlosen Kindes zu tun [3]. » Wenn der Erblasser seinem Sohn, weil dieser keine Nachkommen hat, für die Zeit nach dessen

[1] Eingabe vom 9. März 1901 an das Justizdepartement.

[2] Erl. z. Teilentwurf von 1895, S. 151 und z. Vorentwurf von 1900, p. 76.

[3] Hachenburg, l. c., S. 17 ; vergl. auch Herzfelder, l. c., S. 375. Strohal, l. c., S. 172.

Tod einen Nacherben in der Person eines extraneus setzt, warum soll nun der extraneus vor den nachträglich gebornen Kindern des Sohnes eintreten können [1] ?

II. Begrenzung bezüglich des Grades.

Neben der bisher besprochenen Begrenzung der Nacherbschaft kennt der Entwurf noch eine andere, ausdrücklich ausgesprochene Beschränkung derselben. Es ist dies die Beschränkung der Nacherbschaft auf einen Grad. Nachdem Art. 492, Abs. 1 dem Erblasser das Recht gegeben, den Vorerben zu verpflichten, die Erbschaft einem andern auszuliefern, bestimmt Art. 492, Abs. 2, daß dem Nacherben eine solche Pflicht nicht mehr auferlegt werden könne. Diese Bestimmung wurde aufgenommen in Übereinstimmung mit der Mehrzahl der kantonalen Rechte [2]. Zudem war man sich zum vornherein bewußt, daß die Nacherbschaft einer Beschränkung bedürfe und daß es wirtschaftlich unzulässig sei, ein Vermögen auf unbestimmte Zeit hinaus zu fesseln und zu immobilisieren. Noch mehr als wirtschaftliche [3], redeten aber politische Bedenken gegen die unbeschränkte Zulassung der Nacherbschaft, indem dadurch das in einen demokratischen Staat nicht hineinpassende Familienfideikommiß, das ja nichts anderes als eine endlose Reihe von Substitutionen in sich schließt, sanktioniert gewesen wäre. Zwar hatten die Entwürfe von 1895 [4] und 1900 [5] das Fami-

[1] Ob durch Streichung der Worte : « sauf disposition contraire » das Richtige getroffen würde, ist fraglich. Jedenfalls wäre eine Vermutung nur dann gerechtfertigt, wenn der Vorerbe selbst Nachkomme des Erblassers wäre ; vergl. deutsches B. G. B., § 2107.

[2] Einzig Bern läßt in Satz 578 ausdrücklich zwei Grade zu.

[3] Cf. Erl. z. Teilentw. von 1895, S. 152, 153.

[4] Art. 452 ff.

[5] Art. 512.

lienfideikommiß noch beibehalten, indem sie ihm mehr oder weniger deutlich Stiftungscharakter beilegten [1]. Dagegen erhoben sich aber gewichtige Bedenken [2], mit dem Erfolge, daß Art. 345, Abs. 2 des jetzigen Entwurfes die Errichtung von Familienfideikommissen rundweg verbietet.

Es ist leicht erklärlich, daß bei dieser Stimmung gegen das Familienfideikommiß die Beschränkung der Nacherbschaft auf einen Grad von niemanden ernstlich angegriffen wurde [3]. Im Ständerat erklärte Hoffmann: « Der Entwurf hat wahrscheinlich das Richtige getroffen, wenn er einen Nacherben einzusetzen als zulässig erklärt. Mit dieser Beschränkung auf einen Grad vermeidet man das Gebundensein des Vermögens, ermöglicht aber die Berücksichtigung von Verhältnissen, die eine Substitution sehr wohltätig erscheinen lassen [4]. »

Wenn man auch glaubte, das Richtige getroffen zu haben,

[1] Cf. Hitzig: « Das Familienvermögen im schweizer. Vorentwurf eines Zivilgesetzbuches » in Zeitschrift für schweizer. Recht N. F., Bd. 21, S. 11, 29 ff.

[2] Für Beibehaltung des Familienfideikommisses sprach sich unseres Wissens nur eine Eingabe der Vertreter der Familienfonds in Zürich aus (Eing. vom 20. September 1901 an das Justizdepartement). Dagegen waren besonders Fient G., Kanzleidirektor, Chur (Eingabe v. 19. Jan. 1901). Dr. Laur, Bauernsekretär, Brugg, in schweiz. landwirtschaftl. Zeitschrift 1897, XXV. Jahrg., Heft 44, S. 928, sowie: « Der Entw. eines schweiz. Z. G. B. in seinen für die Landwirtschaft wichtigsten Bestimmungen » in Mitteilungen des schweiz. Bauernsekretariats, Bern, 1901, S. 24 ff. Rossel, Protokoll der Exp.-Kom., B. 573. Hoffmann, Sten. Bull. 1905, S. 1234. Kaufmännische Gesellschaft, Zürich, in « Anträge und Anregungen zum Vorentwurf vom 15. Nov. 1900 ». Zürich, 1901, S. 41.

[3] Nur Rümelin, l. c., S. 103 bemerkt: « Wir würden in dieser Frage dem Standpunkt des B. G. B. den Vorzug geben, wenn auch zugegeben werden mag, daß das Bedürfnis mehrfacher Nacherbeneinsetzung kein besonders häufiges sein mag ».

[4] Sten. Bull. 1906, S. 191. In ähnlichem Sinne votierten im Nationalrat Huber und Rossel. Cf. Sten. Bull. 1905, S. 1380 u. 1385.

so gibt es doch eine Reihe von Fällen, deren Nichtberücksichtigung kaum begründet sein dürfte. Vor allem können jene Verfügungen nicht so, wie sie getroffen wurden, ausgeführt werden, bei denen der Erblasser eine Mehrheit bestimmter Personen im Auge hatte, ohne daß dadurch das Vermögen ins Unbestimmte und Ungemessene hinein zu Gunsten einer bestimmten Familie gebunden werden könnte, wo also namentlich die vorhandenen Eingesetzten nicht verschiedene Generationen repräsentieren. So kann ein Testament, in welchem der Erblasser seine drei Enkel derart zu Erben einsetzte, daß, falls einer derselben vor dem 16. Lebensjahre stürbe, der Nachlaß dem, bezw. den andern und falls sie alle drei vor diesem Zeitpunkte sterben sollten, der Heimatgemeinde zufallen solle, nicht zur Ausführung gelangen. Sterben alle drei Enkel vor dem 16. Lebensjahre, so ist für die Heimatgemeinde nur mehr das letzte Drittel frei ; denn bezüglich der zwei andern Drittel ist die Nacherbfolge auf einen Grad bereits eingetreten [1].

Diesem Fall ist ähnlich derjenige, da der Erblasser drei in gemeinsamem Haushalt lebende Geschwister auf einen Nachlaß von 12,000 Fr. Wert einsetzt, zugleich aber bestimmt, daß jedesmal beim Tode eines der Geschwister die oder das übrige den Erbteil des Verstorbenen erhalten solle. Stirbt das zweite der Geschwister, so haben hier schon seine gesetzlichen Erben (unter die allerdings auch das dritte Geschwister fallen kann) Zugriff auf 2,000 Fr. Dies kann zur Folge haben, daß der kleine Gutsbetrieb, den die drei

[1] Diesen Fall führt Strohal in Jahrb. f. d. Dogmatik, Bd. 30, S. 171 an. Ähnlich Gierke: « Der Entwurf eines B. G. B. und das deutsche Reich », 1889, S. 512. Derartige Fälle waren ausschlaggebend dafür, daß der Entw. zu einem deutschen B. G. B. die Beschränkung auf eine bestimmte Anzahl Grade überhaupt fallen ließ. Cf. deutsches B. G. B., § 2109. Herzfelder, l. c., S. 377 ff. Hachenburg, l. c., S. 22 gibt zu, daß auch mit dem jetzigen Systeme «schwere Mißbräuche» möglich sind.

Geschwister gemeinsam besaßen, versteigert und dem dritten Geschwister entrissen wird. Zwar hätte nach Art. 479 *bis* [1], den der Nationalrat [2], nicht aber der Ständerat [3], aufgenommen hat, der nun aber definitiv gestrichen ist [4], ein Geschwister zu Ungunsten anderer, nicht in der häuslichen Gemeinschaft lebender Geschwister, über deren Pflichtteil verfügen, also dem letzten von den drei Geschwistern die 2000 Fr. unbestreitbar zuwenden können. Ein Recht darauf hätte aber das dritte Geschwister nicht gehabt.

Ein dritter, nicht unwichtiger Fall ist derjenige, da der Erblasser die noch nicht erzeugten Kinder einer bestimmten Person zu Erben einsetzt [5]. Auch diese Verfügung kann nach dem Entwurf nicht zur Ausführung gelangen; denn wird dem erstgebornen Kinde der Nachlaß herausgegeben, so ist der Nacherbfall bezüglich der ganzen Erbschaft eingetreten. Eine Herausgabepflicht an seine spätern Geschwister hätte also das erste Kind nicht. Wie wir aber später noch sehen werden, hat in diesem Falle der Vorerbe in seiner Stellung als Vorerbe zu verbleiben, bis jeweilen wieder ein Kind zur Welt kommt, um diesem dann eine entsprechende Portion zu verabfolgen. Daß etwa das erste Kind bezüglich seiner Portion als Nacherbe eintreten, bezüglich der auf seine spätern Geschwister fallenden Portionen nur in die Vorerbenstellung des ersten Vorerben succedieren könne [6], ist deshalb

[1] Art. 479 *bis* lautet: « Bei Verfügungen von Geschwistern zu Gunsten von Geschwistern, die zur Zeit des Erbfalles in gemeinsamem Haushalte leben, haben die andern Geschwister keinen Pflichtteilsanspruch ».

[2] Sten. Bull. 1905, S. 1352, 1353, 1354, 1372, 1373.

[3] Sten. Bull. 1906, S. 141 ff.

[4] Sten. Bull. 1907, S. 290 ff. (Nationalrat). Die Einführung des Art. 479 *bis* ist den Kantonen vorbehalten.

[5] Cf. S. 76.

[6] Wie dies den gesetzl. Erben des Vorerben nach dessen Tode, aber vor Eintritt des Auslieferungszeitpunktes gestattet ist (Art. 493, Abs. 2).

ausgeschlossen, weil dies nur den Erben des Vorerben gestattet ist (Art. 493, Abs. 2). Aber selbst dann, wenn das erste Kind Erbe des Vorerben wäre, dürfte es, so lange der Vorerbe selbst noch am Leben ist, für die übrigen Geschwister nicht als Vorerbe eintreten, weil nicht es, sondern der Vorerbe selbst und zwar allen Kindern gegenüber berufen ist. Ob der Erblasser dies durch ausdrückliche Verfügung abändern könnte, bezweifeln wir, da Art. 493, Abs. 2 eine zwingende Norm ist und sein will.

Abgesehen von diesen Unzukömmlichkeiten, die in mehr oder weniger hohem Masse bei jeder Beschränkung der Nacherbschaft unvermeidlich sind, ist es eigentümlich, wie der Entwurf die Beschränkung auf einen Grad mit den übrigen Bestimmungen vereinbart. Art. 493 gibt nämlich dem Erblasser das Recht, den Zeitpunkt der Auslieferung beliebig zu fixieren, also denselben weit über den Tod des Vorerben hinauszuschieben, so daß die Erben des Vorerben, aber immer nur als Vorerben, vom Tode des ersten Vorerben an, bis zum Auslieferungszeitpunkt eintreten können. Dem gegenüber bestimmt allerdings Art. 496, Abs. 1, daß der Nacherbe den Zeitpunkt der Auslieferung erleben müsse. Dies vermag er aber sehr wohl, wenn er als nondum conceptus oder als juristische Person eingesetzt ist. Nach dem Entwurf sind also Verfügungen wie z. B. folgende durchaus gültig:

« Zu Vorerben ernenne ich meine gesetzlichen Erben, zum Nacherben hingegen das Gemeinwesen, an welches die Erbschaft im Jahre 2100 (am 1. Januar) fallen soll. » Oder: « Vorerben sind meine gesetzlichen Erben; wird aber meinem Urenkel ein Ururenkel geboren, so soll letzterer mit dem Zeitpunkt seiner Geburt die Erbschaft als Nacherbe erhalten. »

Die Zulässigkeit solcher Verfügungen nach dem Entwurf ist nicht bloß wegen der Beschränkung der Nacherbschaft auf einen Grad bemerkenswert, sondern besonders eigentümlich im Hinblick auf das in Art. 345, Abs. 2 verbotene Familienfideikommiß. Man wird die Einsetzung eines Nach-

erben in der Gestalt kaum mit Art. 493, Abs. 3 anfechten können; denn Unmöglichkeit des Eintritts des Auslieferungszeitpunktes liegt nicht vor. Ebenso wird man mit Unsinnigkeit oder Zwecklosigkeit nicht gegen sie argumentieren können; denn es widerspricht durchaus nicht der Vernunft, wenn der Erblasser, vom Gedanken getragen, das Vermögen seiner Familie möglichst lange zu erhalten, so testierte. Auch Rechtswidrigkeit oder Unsittlichkeit liegt nicht vor.

Derartige Verfügungen wären nicht möglich, wenn Art. 546 dahin lauten würde, daß nur ein nondum conceptus einer bestimmten bereits lebenden Person als Nacherbe eingesetzt werden könnte [1]. Allerdings müßte auch der Nacherbeneinsetzung einer juristischen Person eine Grenze gesetzt werden, was wohl kaum besser geschehen könnte, als durch Feststellung eines fixen Zeitpunktes.

[1] Vorbildlich ist in dieser Beziehung der Codice Civile del regno d'Italia in Art. 764, Abs. 2: « Possono però ricevere per testamento i figli immediati di una determinata persona vivente al tempo della morte del testatore, quantunque non siano ancora concepiti ».

D.

Zeitliches Verhältnis

zwischen Vor- und Nacherbschaft.

Gehört es zum Wesen der Nacherbschaft, daß der Vorerbe eine Zeit lang in seiner Erbenstellung verbleibe, so ergibt sich schon hieraus, daß er nach Ablauf dieser Zeit seine Erbenstellung verlieren muß. Es ist nun von größter Bedeutung zu wissen, wann sich dieser Wechsel der Rechtssubjekte zu vollziehen hat. Hierüber gibt uns Art. 493, Abs. 1 die nötige Aufklärung.

« Als Zeitpunkt der Auslieferung ist, wenn die Verfügung nichts anderes bestimmt, der Tod des Vorerben zu betrachten. » Es ist dies also eine Vorschrift, die der Erblasser durch anderweitige Verfügung abändern kann. Wird sie nicht abgeändert, so verbleibt dem Vorerben die Erbschaft bis zu seinem Tode. Damit ist aber nicht gesagt, daß der gegenteilige Wille des Erblassers immer ausdrücklich ausgesprochen werden müsse. Es genügt vielmehr, wenn aus der Verfügung auf irgend eine Weise sich mit Bestimmtheit ergibt, daß ein früherer Auslieferungspunkt als der Tod des Vorerben gemeint sei. Durch die Auffassung dieser Bestimmung als Dispositivvorschrift wird es ermöglicht, die Nacherbschaft für die mannigfaltigen Zwecke, denen sie zu dienen im Stande ist,

brauchbar zu erhalten [1]. Es ist dem Erblasser gestattet, seinen verschiedenen Wünschen durch beliebige Fixierung des Auslieferungszeitpunktes Rechnung zu tragen. Er kann also dem Vorerben die Erbschaft belassen, bis dieser z. B. heiratet, großjährig wird, ein bestimmtes Verhalten annimmt, eine Handlung vollzieht, etc., etc. Wäre dies dem Erblasser nicht gestattet, so würde die Nacherbschaft an Anwendungsgebiet jedenfalls stark verlieren. Speziell wäre damit die Einsetzung eines nondum conceptus für viele Fälle illusorisch gemacht.

Nennt der Erblasser einen andern Zeitpunkt und ist dieser zur Zeit des Todes des Vorerben noch nicht eingetreten, so geht die Erbschaft gegen Sicherstellung auf die Erben des Vorerben über [2]. Die Erben des Vorerben werden hier deshalb Nachfolger des Vorerben, weil es noch nicht sicher ist, ob der Zeitpunkt der Auslieferung überhaupt einmal eintritt oder nicht. Tritt er nicht mehr ein, so sind sie als Universalsuccessoren des Vorerben definitiv auch auf die Nacherbschaftsmasse berufen und es hätte keine Berechtigung, würden die gesetzlichen Erben des Erblassers bis zum entscheidenden Moment die Erbschaft erhalten.

Kann der Zeitpunkt der Auslieferung aus irgend einem Grunde gar nicht mehr eintreten, so fällt die Erbschaft vorbehaltlos an die Erben des Vorerben. (Art. 493, Abs. 3.) Wenn es auch aus dem Wortlaut dieses Absatzes nicht hervorgeht, so entspricht es jedenfalls dem Sinne des Art. 493, daß es gleichgültig ist, ob die Unmöglichkeit des Eintritts des Auslieferungszeitpunktes schon bei Lebzeiten des Vorerben vorliege oder erst nach dessen Tode ; tritt sie bei Lebzeiten ein,

[1] Vergl. oben S. 61 das Zitat aus dem Bericht der waadtländischen Kommission, welche die Worte : « sauf disposition contraire » in Art. 493, Abs. 1 streichen wollte. Cf. deutsches B. G. B., § 2106, Abs. 1. Herzfelder. l. c., S. 374.

[2] Art. 493, Abs. 2.

so verbleibt die Erbschaft dem Vorerben selbst und fällt nicht an die « Erben des Vorerben ».

Offenbar will aber Abs. 3 dieses Artikels nur im Zusammenhang mit Abs. 2 verstanden sein, hat also nur den Auslieferungszeitpunkt nach dem Tode des Vorerben im Auge [1]. Faßt man den Abs. 3 in diesem Sinne auf, so dürfte es aber doch wieder auffallend sein, wenn hier gesagt wird : so « fällt» die Erbschaft an die Erben des Vorerben ; denn die Erbschaft verbleibt ihnen höchstenfalls vorbehaltlos. Weil hier von Anfall der Erbschaft die Rede ist, so könnte man glauben, Abs. 3 treffe nur die Zeit vor dem Tode des Erblassers, so daß die Unmöglichkeit des Eintritts des Auslieferungspunktes nach dem Tode des Erblassers nicht berücksichtigt wäre. Beide Resultate befriedigen nicht. Sicher scheint uns aber, daß Abs. 3 das sagen will, was er sagen würde, wenn er etwa folgende Fassung hätte :

« Kann der Zeitpunkt aus irgend einem Grunde gar nicht eintreten, so fallen die Rechte des Nacherben dahin. »

Schon aus Art. 493 geht hervor, daß der Nacherbe, um die Erbschaft erwerben zu können, den Auslieferungszeitpunkt erleben muß ; denn vor dem Eintritt des Auslieferungszeitpunktes bleibt die Erbschaft immer beim Vorerben resp. dessen Erben. Ausdrücklich ist diese Bedingung seines Erwerbes aber ausgesprochen in Art. 496, Abs. 1 : « Der Nacherbe erwirbt die Erbschaft des Erblassers, wenn er den für die Auslieferung aufgestellten Zeitpunkt erlebt hat. » Damit ist auch gesagt, daß bis zum Auslieferungszeitpunkt weder der Vorerbe noch dessen Erben — unabhängig vom Tode des Nacherben — eine Pflicht haben, die Erbschaft herauszugeben.

Ob nach Eintritt des Auslieferungszeitpunktes die

[1] Es scheint dies auch aus dem Ausdruck « gar nicht mehr », in Abs. 3 — allerdings nicht zwingend — hervorzugehen.

Erbschaft dennoch beim Vorerben, resp. dessen Erben verbleibe, ist näher geregelt in Art. 496, Abs. 2 [1].

Der Zeitpunkt als solcher, der für die Auslieferung besteht, kann unter Umständen dennoch eintreten, gleichviel ob ihn der Nacherbe erlebe oder nicht. Dies ist vor allem dann möglich, wenn der Erblasser den vom Entwurf vermuteten Zeitpunkt des Art. 493, Abs. 1 abgeändert hat. Allein dies ändert nichts daran, daß das Requisit des Erlebens dieses Zeitpunktes durch den Nacherben immer eine Bedingung seines Erwerbes enthält. Es fällt daher die Frage ganz außer Betracht, ob unter diesem Zeitpunkt bloß der dies certus an et quando und der dies certus an, incertus quando, oder auch eigentliche Bedingungen verstanden seien; denn auch der Termin enthält in unserm Falle immer eine Bedingung [2].

Unterläßt es der Erblasser, den Zeitpunkt der Auslieferung und den Vorerben näher zu bestimmen, so kann es für den Nacherben möglicherweise schwer fallen, den Zeitpunkt des Todes des Vorerben zu erleben (Art. 493, Abs. 1). Ja, man kann sagen, daß dem Nacherben eine solche Verfügung gar nichts nützt; denn der Auslieferungszeitpunkt kann in solchem Falle schwerlich mehr eintreten. Dies aus dem Grunde, weil nach Art. 546, Abs. 2 die gesetzlichen Erben des Erblassers eintreten. Diese gesetzlichen Erben sterben nicht so leicht aus; würde es dem Nacherben an sich noch möglich sein, den Tod aller erbberechtigten Verwandten zu erleben, so tritt nach diesen ein Erbe in die Vorerbenstellung ein, dessen « Tod » kaum abzuwarten sein wird,

[1] Cf. unsere Ausführungen S. 80.

[2] Vergl. auch: Enneccerus, l. c., S. 203, 204. Leuenberger, Vorlesungen über das bernische Privatrecht, 2. Bd., S. 471. Deutsches B. G. B., § 2074. Gottofrey (Sten. Bull. 1906, S. 271) bemerkte im Nationalrate: « Il suffira, que l'héritier institué conditionellement existe à l'avènement de la condition, ou autrement dit, à l'ouverture de la substitution pour pouvoir succéder ».

nämlich das Gemeinwesen [1]. Von « Tod » des Gemeinwesens könnte man höchstenfalls bildlich reden, bei dessen Auflösung resp. bei Wahl einer andern Staatsform. Es ist deshalb äußerst wichtig, daß, wenn nicht der Auslieferungszeitpunkt, so doch der Vorerbe vom Erblasser individuell bezeichnet werde [2].

Das zeitliche Verhältnis zwischen Vor- und Nacherbschaft bedarf einer etwas eingehenderen Erörterung im Falle ein noch nicht Konzipierter zum Nacherben eingesetzt wurde. Für einen solchen Erben vollzieht sich der Erwerb der Erbschaft, sofern der Erblasser keinen andern Zeitpunkt angeordnet hat, nicht mit dem Tode des Vorerben, sondern mit dem Moment der lebendigen Geburt. Dies dürfte nicht bloß aus Art. 545 hervorgehen, sondern auch dem Sinne des Art. 546 entsprechen ; denn dadurch daß der Erblasser einen noch nicht Konzipierten zum Nacherben einsetzt, beweist er, daß er diesen nur deshalb zum Nacherben einsetzte, weil er ihn wegen dessen Erbunfähigkeit [3] nicht zum direkten Erben berufen konnte. Es trifft deshalb Satz 2 von Art. 493, Abs. 1 : « wenn die Verfügung nichts anderes bestimmt », bei der Einsetzung eines nondum conceptus immer zu, zumal da ja eine ausdrückliche Benennung des Auslieferungszeitpunktes nicht erfordert ist, sondern es genügend erscheint,

[1] Cf. Art. 473.

[2] Wird hier der Eintritt des Gemeinwesens gefährlich, so wäre dies noch kein Grund, dasselbe, das in andern Lagen durch sein « langes Leben » dem Erblasser treffliche Dienste leisten kann, auszuschließen. Das deutsche B. G. B. schließt in § 2104 den Fiskus als konstruktiven Nacherben aus. Cf. Herzfelder, l. c., S. 373. Hachenburg, l. c., S. 10, 11. Strohal, l. c., S. 164, Anm. 6. Letzterer bemerkt mit Recht, daß gerade für den Fall, da der Vorerbe unter auflösender Bedingung eingesetzt sei und den Intentionen des Erblassers zuwiderhandle, die auf Kosten des Fiskus geübte Großmut zu weit gehe, wenn der Vorerbe, der keine Verwandten mehr habe, nun definitiver Erbe bleibe.

[3] Art. 543, Abs. 1.

wenn ein anderer Zeitpunkt als der Tod des Vorerben aus den Umständen sich ergibt [1]. Für die Annahme eines gegenteiligen Willens des Erblassers spricht auch Art. 546, Abs. 2. Darnach treten, sofern kein Vorerbe genannt ist, die gesetzlichen Erben des Erblassers als Vorerben ein. Wir haben aber soeben bemerkt, daß der Tod der gesetzlichen Erben so viel wie nie eintritt, so daß ein Anfall an den Nacherben nicht stattfinden kann. Hätte daher der Entwurf nicht angenommen, daß bei der Einsetzung eines nondum conceptus — wofür ja Art. 546, Abs. 2 in erster Linie gilt — die Geburt als Auslieferungszeitpunkt zu gelten habe, so hätte er konsequenterweise in Art. 546, Abs. 2 sagen müssen: « Ist der Vorerbe nicht genannt, so fällt die Erbschaft vorbehaltlos an die gesetzlichen Erben des Erblassers [2] ».

Damit die Geburt als Auslieferungszeitpunkt gelten kann, wird verlangt, daß sie eine lebendige Geburt sei. (Art. 545.) Wird das Kind tot geboren, so wird es so gehalten, wie wenn seine Mutter nie schwanger gewesen wäre [3]. Es fällt für den Erbgang also außer Betracht und vererbt seine Rechte nicht auf die Personen, die seine Erben wären [4]. Ob es Lebens-

[1] Cf. S. 68.

[2] Der Eintritt der gesetzl. Erben des Erblassers nach Art. 546, Abs. 2 hat allerdings auch für bereits lebende Nacherben nur dann Zweck, wenn der Auslieferungs-Zeitpunkt in der Verfügung genannt ist. Allein während man bei bereits lebenden Nacherben vergeblich nach einem andern, als dem in Art. 493, Abs. 1 vermuteten Auslieferungszeitpunkt sucht —, sofern ein solcher nicht genannt ist —, liegt dieser bei der Einsetzung eines nondum conceptus auf der Hand. — Unsere Ansicht bestätigen auch die Verhandlungen im Nationalrate, wo Huber ganz allgemein den Fall für angängig erklärte, da ein Erblasser sein Vermögen den Kindern einer Schwester hinterläßt « in dem Sinne, daß diese Kinder, auch wenn sie zur Zeit des Todes des Erblassers noch nicht vorhanden sind, erbberechtigt sein sollen, wenn nur später einmal solche Kinder existieren ». Cf. Sten. Bull. 1906, S. 251.

[3] Cf. Krieg: « Delation der Erbschaft im Falle der Totgeburt », München, 1876.

[4] Cf. Teilentw. v. 1895, Art. 508, Abs. 2. Entw. v. 1904, Art. 545, Abs. 2.

fähigkeit (Vitalität) besitze oder nicht, ist für den Entwurf gleichgültig [1], ebenso wird die Frage, ob Persönlichkeit im Falle der lebendigen Fehlgeburt (abortus) und der nicht menschlichen Gestalt des Kindes vorhanden sei, stillschweigend übergangen. Ausschlaggebend dürften hier wohl die Grundsätze des gemeinen Rechtes sein [2]. Obwohl nun das Kind erst vom Zeitpunkt seiner vollendeten [3], lebendigen Geburt an die Erbschaft erwirbt, ist es doch fiktiv als Erbe angenommen seit dem Momente seiner Empfängnis und sein Erbschaftserwerb wird auf diesen Zeitpunkt zurückbezogen [4]. Der Teilentwurf von 1895 hatte diesbezüglich noch ausdrücklich in Art. 508, Abs. 3 bestimmt: « Wird es lebendig geboren, so bestimmt sich sein Recht auf die Erbschaft nach dem Zeitpunkte des Todes des Erblassers und nicht der Geburt. » Die Folge davon ist, daß die Nutzungen der Erbschaft dem noch nicht konzipierten Nacherben vom Momente seiner Zeugung an gehören und daß deshalb die Interessen des Kindes bis zu seiner Geburt gewahrt werden müssen. Zu diesem Zwecke verpflichtet Art. 402, Ziff. 3 die Vormundschaftsbehörde, dem noch nicht geborenen Kinde einen Beistand zu ernennen. Damit ist nun aber keineswegs gesagt, daß der Vorerbe bezüglich seines Verfügungs- und Verwaltungsrechtes aus seiner Stellung durch den Beistand verdrängt werden dürfe. Ja, es dürfte in den meisten Fällen die Ernennung des Beistandes mit Grund unterbleiben, weil dem Vermögen die nötige Verwaltung [5] durch den Vorerben selber zu teil wird

[1] Cf. Bätschi: « Über das Requisit der Vitalität für den Beginn der Persönlichkeit », Zürich, 1887.

[2] Cf. Windscheid, l. c. I., S. 186 ff. Brinz, Pandekten, 2. Aufl., 1886, S. 172, 173.

[3] Art. 32.

[4] Art. 545, Abs. 1. Wir behandeln hier selbstverständlich nur den Regelfall und nicht denjenigen, da der Erblasser durch ausdrückliche Verfügung den Auslieferungszeitpunkt über die Geburt des nondum conceptus hinausgeschoben hat.

[5] Cf. Art. 402 Ingress.

und dieser für richtige Auslieferung an den Nacherben ja Sicherstellung geleistet hat. Begründet ist sie aber dann, wenn der Vorerbe von der Sicherstellung befreit ist oder durch sein Verhalten die Anwartschaft des Nacherben gefährdet. (Art. 494, Abs. 3.) Dann ist dem Vorerben überhaupt bis zur Geburt des Kindes die Vermögensverwaltung zu entziehen und dem Beistand zu übertragen [1]. Sobald aber das Kind nicht in erbfähigem Zustande geboren würde, hätte der Beistand dem Vorerben wieder zu weichen.

Wegen des Rückbezuges des Zeitpunktes der Nacherbfolge auf den Moment der Empfängnis ergeben sich für den Vorerben, dem von hier an die Nutzungen entzogen werden, unliebsame Verhältnisse. Abgesehen davon, daß es bloß mehr ein Schatten von Vorerbschaft oder besser keine Vorerbschaft mehr ist, wenn dem Vorerben für die Zeit, da der Nacherbe nasciturus ist, sein Hauptrecht, das Eigentum an den gezogenen Nutzungen zu beanspruchen, genommen werden kann, sinkt er (der Vorerbe) völlig in die Rolle eines bloßen Geschäftsführers hinunter und dürfte als solcher nicht mehr allzu großes Interesse haben, auf den Eventualfall hin der Erbschaftsverwaltung ohne Nutzung seine Zeit zu widmen. Dazu gibt ihm höchstens eine geleistete Sicherheit, sowie die Möglichkeit, daß der Nacherbe tot zur Welt kommt, etwelchen Ansporn. Dieser Rückbezug dürfte zudem dem Willen des Erblassers meistens gar nicht entsprechen, da dieser doch gewiß dem Vorerben die Erbschaft belassen will, bis sich zeigt, ob ein Nacherbe überhaupt auftreten wird oder nicht. Es ist eben nicht das gleiche Verhältnis beim gewöhnlichen Erbennasciturus und beim Nacherbennasciturus. Der Erstere schließt sich als Erbe direkt an den Tod des Erblassers an, während beim Letztern eine Zwischenperson notwendig eingeschaltet werden muß, welche auch Erbenqualität besitzt, bis der Nacherbe ge-

[1] Cf. Art. 494, Abs. 3. Art. 555, Art. 428.

boren wird. Zudem besteht beim Nacherbennasciturus eine andere Schwierigkeit darin, daß man nicht genau weiß, seit wann die Nutzungen dem Nacherben gehören. Allerdings vom Momente der Zeugung an, aber dieser liegt innert dem großen Zeitraum vom dreihundertsten bis hundertachtzigsten Tage vor der Geburt [1]. Es wäre wohl doch wünschenswert, zu wissen, bis auf welchen Tag der Rückbezug zu erfolgen hat. Gilt der Tag der Maximal- oder Minimalzeit der Schwangerschaft, das Mittel daraus oder endlich muß der Tag durch Sachverständige je nach der Reife des Kindes jedesmal festgestellt werden? Darauf gibt uns der Entwurf keine Antwort. Wie man sieht, wäre es aber einfacher, praktischer und dem Willen des Erblassers zumeist ebenso entsprechend, wenn als Zeitpunkt der Nacherbfolge einfach die Geburt des Kindes ohne Rückbezug auf den Moment der Zeugung statuiert wäre [2].

Mit der Einsetzung noch nicht konzipierter Personen sind aber noch weitere Schwierigkeiten verbunden, wenn — was regelmäßig der Fall sein dürfte — eine unbestimmte Anzahl solcher Erben (z. B. die zukünftigen Kinder des X, die Nachkommen etc.) eingesetzt werden. Es entsteht hier nämlich die Frage: hat der Vorerbe bei der Geburt des ersten Kindes alles oder nur einen Teil herauszugeben? Wie sehr man zur Annahme geneigt wäre, daß der Vorerbe beim Erscheinen des ersten Kindes alles herauszugeben habe, können wir dieselbe doch nicht acceptieren, weil wir sonst mit der — schon besprochenen [3] — Regel der Beschränkung der Nacherbschaft auf einen Grad in Konflikt kämen [4]; denn erhält das erste Kind alles, so ist es bezüglich der seinen nachkommenden Geschwistern gehörenden Portionen wieder

[1] Art. 262, 264, Erl. z. Vorentwurf v. 1900, S. 99.
[2] Cf. deutsches B. G. B., § 2106, Abs. 2.
[3] Cf. S. 62 ff.
[4] Cf. Art. 492, Abs. 2, sowie unsere Ausführungen S. 65.

Vorerbe und hat als solcher keine Herausgabepflicht mehr [1]. Zudem ist zu bemerken, daß der ersteingesetzte Vorerbe gegenüber allen Kindern Vorerbe ist und daß deshalb das erste Kind kein Recht hat, ihn aus der Vorerbenstellung den spätern Kindern gegenüber zu verdrängen. Wie viel hat nun der Vorerbe dem ersten Kinde herauszugeben, wie viel den folgenden ? Dies kann man unmöglich wissen, so lange für die vom Erblasser bezeichnete Person, deren zukünftige Kinder zu Erben eingesetzt sind, die Möglichkeit der Kindererzeugung — sei es in oder außer der Ehe, in ein oder mehrmaliger Ehe — vorhanden ist. Sicher ist nur, daß mit dem Tode dieser Person der Vorerbe alles herauszugeben hat, auch wenn nur ein Kind als Nacherbe vorhanden sein sollte [2].

[1] Cf. Strohal: « Streifzüge im Entw. eines B. G. B. », Jahrbuch für die Dogmatik, Bd. 30, S. 171. Hachenburg, l. c., S. 19.

[2] Eine Teilungsvorschrift (Art. 601) liegt nicht vor, weil eine Teilung mit noch nicht Konzipierten undenkbar ist. Auch Art. 604 gibt keinen Aufschluß, weil dort nur vom nasciturus die Rede ist. Übrigens wäre eine Gemeinschaft der Erben, sei es eine vertragliche (Art. 617 ff.) oder eine gesetzliche (Art. 601 ff.), so lange noch nicht konzipierte Erben da sind, undenkbar; vergl. auch Martin, l. c., S. 139, 140. Zwar scheint Huber im Nationalrate (Sten. Bull. 1905, S. 25) die Ansicht vertreten zu haben, der Vorerbe habe dem ersten Kinde alles herauszugeben ; denn er erklärte in Bezug auf Art. 546, Abs. 2, daß die gesetzl. Erben zunächst die Erbschaft erwerben, « **um** sie nachher, **sobald** ein solch eingesetztes Kind lebendig geboren wird, **an dieses** herauszugeben ». Dies ist aber nach dem Entwurf nicht ausführbar.

E.

Rechtliche Stellung

des Vor- und Nacherben bis zum Eintritt des Nacherbfalles.

I. Voranfall der Erbschaft.

Aus dem Begriff der Nacherbschaft, als einer bedingten Erbeneinsetzung ergibt sich, daß der resolutiv bedingt Eingesetzte, der Vorerbe, alle diejenigen Rechte in Anspruch nehmen kann, die ein bedingtes Recht überhaupt gibt. Als Eigentümer der Erbschaft hat er das Recht der Verwaltung und Nutzung, sowie prinzipiell das Verfügungsrecht über die Erbschaftsgegenstände. Er vertritt die Erbschaft nach außen durch Prozesse und kann auf dem Wege der Zwangsvollstreckung für Erbschaftsschulden belangt werden. Anderseits hat aber der Vorerbe, wie jeder andere bedingt Verpflichtete die Pflicht, nichts vorzunehmen, « was die gehörige Erfüllung seiner Verbindlichkeit hindern könnte [1]. » Damit scheidet der Entwurf die Stellung des Vorerben, im Gegensatz zu manchen kantonalen Rechten, nicht bloß von derjenigen

[1] Art. 172 (1177), O. R.

eines bloßen Nießbrauchers [1] oder eines Eigentümers mit nur Nießbrauchsrechten [2] aus, sondern auch von derjenigen eines Eigentümers, der zwar ein unbeschränktes Verfügungsrecht hat, jedoch nur auf die Schatzungssumme haftet [3].

In diese rechtliche Stellung des Vorerben hinein wirft hingegen der dereinstige Anfall der Erbschaft an den Nacherben bereits seinen Schatten. Abgesehen davon, daß der Vorerbe nichts vornehmen darf, was die gehörige Auslieferung der Erbschaft verhindern könnte, hat der Nacherbe ein Recht gegenüber dem Vorerben auf Sicherstellung, eventuell auf obrigkeitliche Erbschaftsverwaltung. Er hat zudem das Recht über die noch nicht angefallene Erbschaft Verträge abzuschließen, ohne daß er vor dem Anfall der Erbschaft an ihn für Erbschaftsschulden einzustehen hätte. An Verwaltung und Nutzung der Erbschaft hat er keinen Anteil und kann auch Prozesse in Bezug auf die Substanz der Erbschaft — ausgenommen etwa Feststellungsprozesse — nicht führen. Es ist deshalb nur klarzulegen, inwieweit Urteile sowie Verfügungen auf dem Wege der Zwangsvollstreckung gegen den Vorerben auch Wirkung gegenüber dem Nacherben haben.

Wie man sieht, hat der Nacherbe, bereits bevor ihm die Erbschaft als solche anfällt, gewisse Rechte, die nicht bloße Hoffnungen, sondern wirkliche, real existierende Rechte sind. Der Teilentwurf von 1895 nannte den Inbegriff dieser Rechte das « Warterecht » (droits éventuels) [4] des Nacherben, die beiden folgenden Entwürfe änderten diesen Namen in « Anwartschaft » (droits de l'appelé) [5]. Darunter ist allerdings auch

[1] Cf. Baselstadt (Erbgesetz, § 69 bis 71), Zug (P. G., § 315).

[2] Solothurn (C. G., § 565).

[3] Bern (C. G.,, Satz. 582). Der Entwurf hat im Prinzip das St. Gallische System (Art. 177 und 178 des Erbgesetzes) angenommen. Cf. Protokoll der Expertenkommission, II. Band, S. 570.

[4] In Art. 444, Abs. 4.

[5] Cf. Vorentwurf v. 1900, Art. 509, Abs. 3, Entwurf v. 1904, Art. 494, Abs. 3.

die Hoffnung des Nacherben auf den künftigen Anfall verstanden. Da aber nicht bloße Hoffnungen, sondern wirkliche Rechte, als Vorwirkung zum eigentlichen Anfall bei Eintritt des Auslieferungszeitpunktes, an den Nacherben gelangen, so kann man von einem doppelten Anfall der Erbschaft an ihn reden. Den erstern, den uneigentlichen Anfall, bezeichnet man mit « Voranfall [1] » der Erbschaft. Mit dem Moment des Voranfalles gelangen die rechtlichen Beziehungen zwischen dem Vor- und dem Nacherben zur Entstehung. Sobald die Erbschaft an den Vorerben gelangt, setzen auch die Rechte des Nacherben ein. Der Zeitpunkt des Voranfalls fällt regelmäßig mit dem Tode des Erblassers zusammen. Vor den Tod des Erblassers kommt er zu liegen bei der Vertragsnacherbschaft, sofern auch vor dem Tode des Erblassers dem Vorerben die Erbschaft übergeben wurde. Nach den Tod des Erblassers fällt er dann, wenn der Nacherbe beim Erbfall noch nicht rechtsfähig existierte.

Stirbt der Nacherbe vor dem Erbfall (abgesehen von Vertragsnacherbschaft), so fällt die Einsetzung sowohl für ihn, als seine Erben dahin [2]. Erlebt er aber den Erbfall, so würde nach allgemeiner Regel (Art. 543, Abs. 2) sein Recht an der Erbschaft auf seine Erben übergehen. Allein der Entwurf läßt dies merkwürdigerweise nicht zu, sondern stellt eine Vermutung der Unvererblichkeit der Anwartschaft des Nacherben auf [3]. Eine Transmission auf die Erben des Nacherben findet nur dann statt, wenn der Erblasser dies ausdrücklich angeordnet hat [4]. Diese regelmäßige Unvererblichkeit der An-

[1] Cf. Strohal, l. c., S. 171, der diesen Ausdruck in die Literatur einführte. Springguth: Die Rechtsverhältnisse zwischen Vorerben und Nacherben, Greifswald, 1903, S. 10. Mielke, l. c., S. 34.

[2] Art. 543, Abs. 1.

[3] Art. 496, Abs. 2. Es ist dies im Gegensatz zu den Regeln bei der Bedingung. Hier ist das bedingte Recht immer vererblich. Cf. Hafner: « Das schweiz. O.-R. », 2. Aufl., Zürich, 1905, S. 72.

[4] Satz 2 von Art. 496, Abs. 2. Die beiden vorhergehenden Ent-

wartschaft des Nacherben steht in Übereinstimmung damit, daß der Nacherbe nach dem Entwurf, um überhaupt die Erbschaft erwerben zu können, den Eintritt der Bedingung, d. h. den Auslieferungszeitpunkt erleben muß, ansonst die Erbschaft dem Vorerben verbleibt [1]. Der Gesichtspunkt, der bei dieser Regelung ausschlaggebend gewesen sein dürfte, war offenbar der, daß der Erblasser bei einer Erbeinsetzung immer in erster Linie die Person des Eingesetzten, nicht auch dessen Erben habe berücksichtigen wollen. Es ist ja möglich, daß der Erblasser die Erben des Nacherben überhaupt nicht kannte, oder ihnen doch gleichgültig gegenüberstand. Daher soll die Erbschaft, wenn sie an die Person des Nacherben nicht gelangen kann, dem bisherigen Besitzer und Eigentümer, dem Vorerben, nicht mehr entrissen werden. Soll sie aber auf alle Fälle an die Erben des Nacherben gelangen, so steht dem Erblasser nichts im Wege, in seiner Verfügung eine solche Anordnung zu treffen. Daß es immer einer ausdrücklich gegenteiligen Bestimmung bedürfe, um Vererblichkeit der Anwartschaft zu begründen, ist in Art. 496, Abs. 2 nicht einmal gesagt. Es genügt, wenn sich aus den Umständen ergibt, daß dem Vorerben die Erbschaft nicht verbleiben solle. Zwar wird man eine gegenteilige Verfügung nicht immer schon dann annehmen können, wenn der Nacherbe unter einem ausdrücklich hinzugefügten Termin eingesetzt ist, obwohl hier regelmäßig der Wille des Erblassers auf Vererblichkeit der Anwartschaft gerichtet sein dürfte. Allerdings ist auch diesfalls der Nacherbe noch eingesetzt unter

würfe redeten hier unrichtig von: « so fällt die Erbschaft ... an den Vorerben ». Cf. Teilentwurf v. 1895, Art. 446, Abs. 3 und Vorentwurf v. 1900, Art. 511, Abs. 2. Das deutsche B. G. B. nimmt gerade den gegenteiligen Standpunkt ein, d. h. es stellt in § 2108 eine Vermutung der Vererblichkeit des Nacherbenrechtes auf; Cf. Strohal, l. c., S. 171 ff. Groth, l. c., S. 36 ff. Mielke, l. c., S. 34 und 35. Hachenburg, l. c., S. 15. 16. 17. Herzfelder, l. c., S. 376, 377.

[1] Art. 496, Abs. 1; vergl. auch S. 70.

der Bedingung, daß er den Termin erlebe, allein durch das Setzen eines festen Termins will der Erblasser doch offenbar andeuten, daß er den Vorerben nur bis zum bestimmten Zeitpunkt und nicht länger zum Erben haben wolle. « Gibt der Erblasser einer bestimmten Person ein Recht, das sie unbedingt haben soll, aber erst nach Eintritt eines bestimmten oder unbestimmten, aber zweifellos zu erwartenden Termins, so will er ihr ein vererbliches Recht geben, während man bei der bedingten [1] Zuwendung dies nicht anzunehmen hat [2] ». Trotzdem wird bei Setzen eines Termins kaum eine gegenteilige Verfügung anzunehmen sein, schon deshalb nicht, weil der Entwurf bei der Nacherbschaft zwischen Termin und Bedingung überhaupt nicht unterscheidet. Schon eher scheint eine gegenteilige Verfügung vorzuliegen, wenn der Eintritt einer ausdrücklich hinzugefügten Bedingung (oder Termin) mit dem Zeitpunkt der Auslieferung nicht zusammenfällt. Wenn z. B. der Erblasser bestimmt: Mein Erbe soll mein Sohn sein, nach ihm soll die Erbschaft an meinen Bruder fallen, wenn er Missionär wird, so braucht der Bruder den Tod des Sohnes nicht zu erleben, um die Anwartschaft auf seine Erben zu transmittieren. Es genügt, wenn er inzwischen Missionär geworden ist [3].

Besteht, entgegen den Bedingungsgrundsätzen, eine Vermutung für die Unvererblichkeit der Anwartschaft, so sind anderseits doch — wieder in Übereinstimmung mit den Regeln bei der Bedingung — keine Beschränkungen bezüglich der Veräußerung der Anwartschaft aufgestellt. Hierin ist der Nacherbe völlig frei. Er kann, wie jeder andere bedingt Berechtigte, sein bedingtes Recht, seine Anwartschaft, sei es an den Vorerben, sei es an einen

[1] d. h. bei ausdrücklich hinzugefügter Bedingung.

[2] Cf. Hachenburg, l. c., S. 16.

[3] Cf. Salinger: Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 19, S. 152. Strohal, l. c., S. 142.

Dritten veräußern. Veräußert er sie dem Vorerben, so kommen weder die Regeln über den Erbverzicht (Art. 499), noch die Regeln über Verträge vor dem Erbfall (Art. 630) zur Anwendung; denn bei beiden wird ein Erblasser vorausgesetzt, der zur Zeit der Veräußerung der Anwartschaft noch am Leben sein muß. Auch die Bestimmungen über eine bereits angefallene[1] Erbschaft fallen außer Betracht, weil der Voranfall nicht einen wirklichen Anfall der Erbschaft zu repräsentieren vermag. Das Recht der Veräußerung der Anwartschaft ergibt sich für den Nacherben deshalb nur aus der Fähigkeit der Anwartschaft als eines bedingten Rechtes, Vertragsobjekt zu sein[2] und daher kommen auch für diesen Vertrag die allgemeinen Vertragsgrundsätze zur Anwendung. Es dürfte übrigens einem Vertrag über die Anwartschaft eines Nacherben nicht viel Gewicht beizumessen sein, weil die Anwartschaft regelmäßig unvererblich ist und es immer unsicher ist, ob der Nacherbe den Auslieferungszeitpunkt erlebt oder nicht. Ein Käufer der Anwartschaft wird sich auch deshalb nicht so leicht finden lassen, weil der Nacherbe auch nach dem Verkauf immer noch die Möglichkeit hat, die Erbschaft auszuschlagen und ihm eine Annahmeerklärung vor Eintritt des Auslieferungspunktes nicht gegeben ist[3]. Zudem fällt in Betracht, daß der Nacherbe seine Anwartschaft nicht mit dinglicher, sondern nur mit obligatorischer Wirkung veräußern kann. Der Dritterwerber der Anwartschaft wird nie Erbe, sondern ist und bleibt bloß Käufer. Da der Nacherbe kein Forderungrecht hat, auch nicht ein bedingtes, so kann seine Anwartschaft auch nicht auf dem Wege der Zwangsvollstreckung dem Zugriff seiner Gläubiger unterliegen. Dies dürfte bei der

[1] Art. 689.

[2] Cf. Art. 1037 und 1176 des Entwurfes z. O.-R. Hafner, l. c., S. 72. Anm. 1 zu Art. 172.

[3] Cf. weiter unten S. 139, Motive z. deutschen B. G. B., S. 122.

Anwartschaft des Nacherben ausgeschlossen sein, wie bei jeder andern Erbanwartschaft überhaupt [1].

Hat der Nacherbe vor Eintritt des Nacherbfalles, während des Schwebens der Bedingung zwar noch kein Erbrecht, so doch eine verschiedene Rechte gewährende, feste Anwartschaft, so frägt sich weiter: gibt die Anwartschaft ein dingliches oder persönliches Recht auf die Erbschaft? Die Beantwortung dieser, nicht bloß nach römischem [2], sondern auch wieder nach deutschem [3] Recht bestrittenen Frage bietet nach dem Entwurf einige Schwierigkeiten.

Geht man davon aus, daß der Vorerbe Herr und Eigentümer der Erbschaft ist, und als solcher sich von einem bloßen Nießbraucher wesentlich unterscheidet, wird man der Anwartschaft kaum dinglichen Charakter zuschreiben können. Es muß zugegeben werden, daß der Nacherbe vor Eintritt des Auslieferungszeitpunktes weder ein Recht auf die Erbschaft als solche, noch ein Recht an den einzelnen Nachlaßsachen hat. Man kann bei ihm höchstenfalls von einem Rechte auf den Anfall reden. Dafür spricht auch die Vermutung der Unvererblichkeit seines Rechtes, sowie die

[1] Cf. Jäger, l. c., S. 326.

[2] Cf. Windscheid, l. c. III., S. 670, § 665, Anm. 1. Dernburg, l. c., S. 247. Brinz, l. c., S. 442.

[3] Für das preußische A. L. R. Cf. Dernburg: Preußisches Privatrecht III., § 158, S. 464 (4. Aufl., Halle, 1896). Förster-Eccius: Preuß. Privatrecht, Bd. II, 5. Aufl., Berlin, 1888, S. 597. Für das Deutsche B. G. B. nehmen Dinglichkeit des Nacherbenrechtes an: Planck, l. c. V., S. 272, Anm. 4. Springguth, l. c., S. 10. Für persönliches Recht erklären sich: Herzfelder, l. c., S. 368 und Perrin: Das Verhältnis des Vorerben zum Nacherben nach B. G. B. Jena, 1901, S. 33. Persönliches Recht mit dinglicher Wirkung wird angenommen von: Ahlbrecht: Die Stellung der Vorerben insbes. im Prozesse, Halle, a./S., 1902, S. 26. Köpke, l. c., S. 13 nimmt «ein Recht eigener Art» an, «wie es doch das Erbrecht selbst auch ist», während Thiesing (Archiv f. d. civ. Praxis, 1903, Bd. 94, S. 231 ff.) — wohl am richtigsten — für Dinglichkeit der Anwartschaft, mit zumeist nur obligatorischer Wirkung, sich ausspricht.

Tatsache, daß er mit dinglicher Wirkung seine Anwartschaft nicht veräußern kann. Zudem ist ihm bei Veräußerung von Erbschaftssachen durch den Vorerben, in vielen Fällen — wie wir noch sehen werden [1] — ein bloßer obligatorischer Ersatzanspruch gegeben.

Dem gegenüber ist jedoch zu bemerken, daß der Nacherbe, trotzdem sein Recht bedingt ist, kein bedingtes Forderungsrecht hat, so daß man von einem bedingt Berechtigten und bedingt Verpflichteten — streng genommen — nicht reden kann. Es ist lediglich eine Konsequenz daraus, wenn bis zum Eintritt des Auslieferungszeitpunktes alle Verfügungshandlungen des Vorerben auch dem Nacherben gegenüber bei Bestand bleiben ; denn der Vorerbe ist zweifellos dinglich berechtigt, Eigentümer der Erbschaft. Wenn sich auch die Anwartschaft des Nacherben schon vor dem Auslieferungszeitpunkt in mehrfacher Richtung äußert — Recht auf Sicherstellung, Veräußerungsrecht, event. Vererblichkeit — so wäre dies an sich noch kein Grund zur Annahme, das Recht des Nacherben sei ein dingliches. Allein Dinglichkeit der Anwartschaft haben wir offenbar anzunehmen, wenn wir auf den Zeitpunkt der Auslieferung schauen. Hier sehen wir einmal, daß auch der Nacherbe Rechtsgeschäfte des Vorerben mit gutgläubigen Dritten gegen sich gelten lassen muß, jedoch einzig und allein deswegen, weil der gute Glaube des Dritten eine Berechtigung schafft, gegenüber welcher das Recht des Nacherben nicht dinglich zu wirken vermag. Das Recht des Nacherben vermag sich in diesem Falle bloß obligatorisch, in Form von Ersatzansprüchen gegen den Vorerben, zu äußern. Sind aber die Wirkungen nicht dinglich, so ist damit noch nicht gesagt, daß das Recht, das aus einem speziellen Grunde nicht seine regelmäßigen Wirkungen haben kann, seiner Natur nach nicht gleichwohl dinglich sei. Sobald dieser spezielle Grund — der gute Glaube des Dritten — wegfällt, äußert

[1] Cf. S. 110 ff.

sich das Recht des Nacherben vom Auslieferungszeitpunkt an rückwärts bis zum Zeitpunkt des Voranfalls der Erbschaft, also in ein Gebiet hinein, da noch eine bloße Anwartschaft vorhanden war. So ist es bei bösem Glauben des Dritten, sowie dann, wenn wegen vorgemerkter Verfügungsbeschränkung im Grundbuch der gute Glaube des Dritten nicht mehr aufzukommen vermag. In diesen Fällen gelten die Rechtsgeschäfte des Vorerben dem Nacherben gegenüber als nicht vorgenommen [1].

Aus den angegebenen Gründen dürfte es deshalb richtig sein, für die Anwartschaft des Nacherben prinzipiell Dinglichkeit anzunehmen, die sich jedoch erst mit dem Eintritt des Auslieferungszeitpunktes und auch dann nur unter besondern Voraussetzungen zu äußern vermag.

II. Erwerb und Ausschlagung der Erbschaft durch den Vorerben.

Mit dem Voranfall der Erbschaft an den Nacherben vollzieht sich auch der Anfall der Erbschaft an den Vorerben. « Der Vorerbe erwirbt die Erbschaft wie ein anderer eingesetzter Erbe [2] », wird also mit dem Tode des Erblassers ipso-jure Rechtsnachfolger desselben [3]. Das Eigentum, die beschränkten dinglichen Rechte und der Besitz des Erblassers gehen ohne weiteres auf ihn über und die Schulden werden zu persönlichen Schulden der Vorerben [4]. Eine Folge davon ist auch, daß Rechte und Pflichten, die zwischen dem Vorerben und dem Erblasser bestanden haben, untergehen. Dieser ipso-jure Erwerb vollzieht sich für den Vorerben, wie für

[1] Cf. weiter unten S. 110 ff.
[2] Art. 495, Abs. 1.
[3] Art. 561, Abs. 1.
[4] Art. 561, Abs. 2.

einen andern Erben, ohne daß es regelmäßig [1] einer Annahmeerklärung bedürfte. Es wird also vorbehaltlose Annahme der Erbschaft vermutet. In ganz gleicher Weise wie bei jeder andern Erbeinsetzung gelten auch bei der Einsetzung des Vorerben die Regeln über die Testamentseröffnung [2], sowie über den Rückbezug des Erbschaftserwerbes auf den Zeitpunkt des Erbfalles [3].

Nach Anfall der Erbschaft an ihn, kann der Vorerbe auch ein öffentliches Inventar verlangen. Die Aufnahme dieses Inventars geschieht nach gewöhnlichen Regeln, so daß nach Abschluß desselben dem Vorerben eine vierfache Wahl zusteht: die Erbschaft auszuschlagen, amtliche Liquidation zu verlangen, unter öffentlichem Inventar oder vorbehaltlos anzunehmen [4].

Art. 591 gibt jedem Erben, also auch dem Vorerben, das Recht, die amtliche Liquidation zu verlangen, ohne daß vorher ein öffentliches Inventar aufgenommen werden muß. Einem solchen Begehren kann jedoch, wenn es von einem gewöhnlichen Erben gestellt ist, keine Folge gegeben werden, so lange ein Miterbe die Annahme erklärt [5].

Kann nun auch der Vorerbe die amtliche Liquidation verlangen, wenn der Nacherbe sich bereit erklärt, anzunehmen? Dies ist zu bejahen, da Vor- und Nacherbe nicht Miterben, sondern successiv aufeinander folgende Alleinerben sind. Dieser Unterschied, der zwischen der Annahmeerklärung eines Miterben und derjenigen eines Nacherben besteht, hat seinen Grund zum Teil auch darin, daß möglicherweise der Nacherbfall überhaupt nicht eintritt. Leistet der Vorerbe dem

[1] Art. 567. Abs. 1 und 2.

[2] Art. 557, 558, 559.

[3] Art. 561. Abs. 3.

[4] Art. 586, Abs. 1. Über die Haftung bei Annahme unter öffentl. Inventar, cf. S. 108.

[5] Art. 591, Abs. 2.

Nacherben zudem Sicherstellung, so ist für das Recht dieses letztern regelmäßig [1] nichts zu befürchten.

Das Recht, amtliche Liquidation der Erbschaft zu verlangen, steht auch den Gläubigern des Erblassers während einer Frist von drei Monaten vom Tode des Erblassers oder von der Eröffnung der Verfügungen an gerechnet, zu, sofern sie begründete Besorgnis haben, daß ihre Forderungen nicht bezahlt werden [2]. Steht es mit der Erbschaft schon so weit, daß die Gläubiger derselben « begründete Besorgnis » nachzuweisen vermögen, so kann es dem Nacherben gleichgültig sein, wenn liquidiert wird ; auf den Aktivüberschuß hat er sein Recht damit noch nicht verloren. Daß auch der Nacherbe die Liquidation dadurch abwenden kann, daß er die Gläubiger befriedigt oder sicherstellt, ist selbstverständlich [3].

Will der Vorerbe sich von der Erbschaft ganz fern halten, so hat er das Recht, diesselbe auszuschlagen [4]. Auch die Ausschlagung der Erbschaft vollzieht sich nach den gewöhnlichen Regeln, hat also innert drei Monaten [5] zu geschehen, vom Zeitpunkt an gerechnet, da ihm die amtliche Mitteilung von der Verfügung des Erblassers zugekommen ist. Nach Art. 568 *bis* beginnt für den Vorerben diese Frist immer [6] mit dem Zeitpunkte zu laufen, an dem die Behörde ihm von dem Abschluß des Inventars [7] Kenntnis gegeben hat. Stirbt der Vorerbe vor Ablauf der Ausschlagefrist, so geht nach Art. 569, Abs. 1 die Befugnis zur Ausschlagung auf seine Erben über. Allein dies gilt für die Nacherbschaft nur teilweise, nämlich

[1] Cf. Hitzig: « Die Rechtsstellung des Erben », in Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft XI, 1906, S. 58, 60.

[2] Art. 592.

[3] Art. 592, Abs. 3.

[4] Art. 567 ff.

[5] Art. 568, Abs. 1. Sten. Bull. 1907, S. 300 ff. (Ständerat) und S. 301 ff. (Nationalrat).

[6] Art. 494, Abs. 1.

[7] Cf. weiter unten S. 93.

bloß dann, wenn der Nacherbe beim Tode des Vorerben nicht als Ersatzerbe eintreten kann, wenn also der Erblasser einen andern Auslieferungszeitpunkt als den Tod des Vorerben bezeichnet hat [1]. Kann der Nacherbe nicht als Ersatzerbe eintreten, so beginnt die Frist zur Ausschlagung für die Erben des Vorerben mit dem Zeitpunkt zu laufen, an dem sie Kenntnis vom Anfall der Erbschaft an ihren Erblasser (den Vorerben) erhalten haben und endigt frühestens mit dem Ablauf der für die Erbschaft des Vorerben gegebenen Ausschlagefrist [2].

Allein es ist wohl zu merken, daß die Erben des Vorerben, falls sie nach Art. 493, Abs. 2 in die Vorerbenstellung succedieren, die Erbschaft, auf welcher die Anwartschaft des Nacherben ruht, nur dann getrennt vom übrigen Nachlaß der Vorerben ausschlagen können, wenn die Ausschlagefrist, die dieser selbst für die Vorerbschaft hatte, noch nicht abgelaufen ist. Ist sie abgelaufen, so kann die Vorerbschaft nur mehr, zusammen mit dem ganzen Nachlaß des Vorerben, ausgeschlagen werden. Es hat dies seinen Grund darin, daß das Privatvermögen des Vorerben und die Vorerbschaft, sobald für letztere die Ausschlagefrist einmal verstrichen ist, eine untrennbare Masse bilden, welche auch beim Tode des Vorerben untrennbar bleibt, falls nicht nach Art. 493, Abs. 1 der Nacherbe als Ersatzerbe eintreten kann. Sollten daher beim Tode des Vorerben, dessen Erben sich weigern, den Nacherben sicher zu stellen, um sich so von der Nacherbschaft fern zu halten, so wäre dies jedenfalls für ihre Haftung für die Schulden der Vorerbschaft und für eventuell gegen

[1] Art. 493, Abs. 2. Kann der Nacherbe als Ersatzerbe eintreten, so fällt ihm die Erbschaft definitiv an. Selbst dann, wenn von mehreren Vorerben einer ausschlägt, findet keine Accrescenz zu Gunsten der Miterben statt, sondern die ausgeschlagene Portion gelangt an den Nacherben. Auch die gesetzl. Erben des Erblassers haben darauf keinen Anspruch. Cf. Art. 572, Abs. 2. Erl. z. Vorentw. v. 1900, S. 116.

[2] Art. 569, Abs. 2.

den Vorerben selbst gerichtete Schadenersatzansprüche des Nacherben ohne Belang. Daß aber die Erben des Vorerben, selbst wenn diesfalls Erbschaftsverwaltung [1] eintreten müßte, gleichwohl ein Recht auf die Nutzungen der Vorerbschaft bis zum Auslieferungszeitpunkte hätten, ist selbstverständlich.

Wird die Vorerbschaft vom Vorerben, oder — falls bei seinem Tode die Ausschlagefrist noch in suspenso ist — von dessen Erben ausgeschlagen, so gelangt sie, wenn kein anderer Wille des Erblassers nachgewiesen werden kann, an die nächsten gesetzlichen Erben des Erblassers [2]. Diese sind aber ebensowenig definitive Erben als der Vorerbe es war, vielmehr übernehmen sie die Vorerbschaft, wie sie der Vorerbe selbst hatte, also belastet mit einer Anwartschaft. Hat aber der Erblasser die gesetzlichen Erben ausdrücklich ausgeschlossen, oder wird die Erbschaft auch von diesen ausgeschlagen, so gelangt sie zur amtlichen Liquidation [3]. « Ergibt sich in der Liquidation nach Deckung der Schulden ein Überschuß, so wird dieser den Berechtigten überlassen, wie wenn keine Ausschlagung stattgefunden hätte [1] ». Wer zu diesen auf den Überschuß Berechtigten gehöre, ist in unserm Fall nicht zum voraus klar. Bekommen den Überschuß die gesetzlichen Erben des Erblassers, der Vorerbe, resp. dessen Erben, oder beide zugleich ? — Die Antwort ist in Art. 573, Abs. 3 enthalten. Darnach gelangt der Überschuß an die Berechtigten, « wie wenn keine Ausschlagung stattgefunden hätte. » Hätte aber keine Ausschlagung stattgefunden, so wäre der Vorerbe, resp. seine Erben noch im Besitz der Erbschaft ; also ist der Vorerbe der Berechtigte

[1] Art. 494, Abs. 3.

[2] Art. 572, Abs. 2.

[3] Möglicherweise gelangt die Erbschaft vorher noch an den überlebenden Ehegatten des Erblassers (nicht des Vorerben), cf. Art. 573, Abs. 2.

[1] Art. 573, Abs. 3.

und er tritt bezüglich des Überschusses wieder in die Vorerbenstellung ein [1].

Gerade darin, daß der Liquidationsüberschuß nach Ausschlagung des Vorerben und der gesetzlichen Erben des Erblassers wieder an den Vorerben zurückgelangt, liegt eine treffliche Sicherung der Anwartschaft des Nacherben. Könnte der Vorerbe — vielleicht in Übereinstimmung mit den gesetzlichen Erben des Erblassers — die Erbschaft ausschlagen, so wäre die Anwartschaft des Nacherben überall da gefährdet, wo dieser nicht als Ersatzerbe eintreten kann, weil er noch nicht erbfähig existiert. Weil der Vorerbe aber auf den Überschuß immer noch in der Erbenstellung verbleibt und weil offenbar eine Ausschlagung des Überschusses nicht mehr statthaft ist, kann er dem Rechte des Nacherben durch irgend welche Machenschaften mit den gesetzlichen Erben des Erblassers keine Nase drehen, auch wenn er die Erbschaft ausschlägt.

Nicht nur der Nacherbe, sondern auch die Gläubiger des Vorerben sind geschützt, falls dieser die Erbschaft fraudulös ausschlägt. Schlägt ein Vorerbe, der fruchtlos gepfändet oder in Konkurs geraten ist [2], die Vorerbschaft aus, damit sie seinen Gläubigern entzogen bleibe, so können diese oder die Konkursverwaltung nach Art. 576, Abs. 1 die Ausschlagung binnen sechs Monaten anfechten, wenn ihre Forderungen nicht sichergestellt werden. « Wird ihre Anfechtung gutge-

[1] Für den Erstberufenen erklärt sich ebenfalls Hitzig (l. c., S. 40) aber aus dem Grunde, weil die Ausschlagung des Zweitberufenen nicht eine Ausschlagung, sondern ein Nichtannehmen sei. Dieser Grund scheint etwas gesucht zu sein ; denn das Nichtannehmen ist auch eine Ausschlagung und zwar eine gesetzlich vermutete, wie etwa diejenige, da der Erblasser eine überschuldete Erbschaft hinterläßt (Art. 567, Abs. 2).

[2] Nach den Entwürfen von 1895 (Art. 555) und 1900 (Art. 592) war nur Zahlungsunfähigkeit verlangt und nach dem Beschlusse des Ständerates muß der Erbe « überschuldet » sein. Cf. Sten. Bull. 1906, S. 443.

heißen, so gelangt die Erbschaft zur amtlichen Liquidation [1] ». Es ist einleuchtend, daß dieses Recht der Gläubiger auf amtliche Liquidation der Vorerbschaft für die Anwartschaft des Nacherben sehr gefährlich ist, sofern dieser keine Sicherstellung [2] hat ; denn dann geht, — wie später noch gezeigt werden soll [3] — das Recht des Nacherben den Gläubigern des Vorerben nach. Um so gefährlicher wird es aber, wenn man bedenkt, daß ein Vorerbe, der sich in der Situation befindet, die eine Voraussetzung zu bilden vermag zum Rechte der Gläubiger auf Anfechtung der Ausschlagung, die Sicherstellung regelmäßig nicht zu leisten vermag. Vermag er aber trotzdem die Sicherstellung zu leisten, so hat die amtliche Liquidation nicht mehr großen Zweck, weil die geleistete Sicherstellung den Rechten der Gläubiger des Vorerben vorgeht. In diesem Falle hätten die Gläubiger mehr Interesse daran, wenn der Vorerbe möglichst lange die Nutzungen der Erbschaft ziehen könnte, da sie auf dieselben Zugriff haben. Es wäre deshalb nicht bloß den Rechten der Gläubiger des Vorerben, sondern auch den Interessen des Nacherben an richtiger Auslieferung der Erbschaft, vielleicht überhaupt besser gedient, wenn bei Anfechtung fraudulöser Ausschlagung des Vorerben, den Gläubigern desselben Erbschaftsverwaltung statt amtliche Liquidation gewährt würde [4].

[1] Art. 576, Abs. 2. Rümelin, l. c., S. 109 ff. Martin, l. c., S. 107 ff.

[2] Cf. S. 93.

[3] Cf. S. 109.

[4] Keine Gefahr für das Nacherbenrecht ist selbstverständlich vorhanden, wenn der Vorerbe eine überschuldete Erbschaft annimmt und deswegen von seinen Gläubigern Sicherstellung oder amtliche Liquidation verlangt würde (Art. 593).

III. Mittel zur Sicherung der Rechte des Nacherben.

Hat der Vorerbe die Erbschaft nicht ausgeschlagen, so bleibt er rechtlich Erbe. Allein die Erbschaft darf ihm erst dann ausgeliefert werden [1], wenn nach Art. 494 gewisse Vorkehrungen zum Schutze der Anwartschaft der Nacherben getroffen sind.

Als erstes Sicherungsmittel nennt der Entwurf in Art. 494, Abs. 1 die Aufnahme eines Inventars. Dieses ist in allen Fällen der Nacherbeneinsetzung von der zuständigen Behörde anzuordnen. Damit ist eine zwingende Norm aufgestellt, so daß der Erblasser durch ausdrückliche Verfügung die Inventaraufnahme nicht abwenden könnte. Es hat dies seinen Grund darin, daß der Erbgang sowohl im Interesse des Vor-, als hauptsächlich auch des Nacherben gesichert werden muß, um spätere Streitigkeiten und Prozesse zu vermeiden. Die Inventaraufnahme kann jedoch unterbleiben, wenn der Vorerbe die Aufnahme eines Inventars mit Rechnungsruf [2] verlangt oder wenn ein Inventar behufs amtlicher Liquidation der Erbschaft aufgenommen werden muß [3]; denn beide vermögen das Inventar des Art. 494, Abs. 1 sehr wohl zu ersetzen, da dieses bloß ein sogenanntes « einfaches Inventar », eine Sicherungsmaßregel ist [4]. Es ist eine einfache Aufnahme von Aktiven und Passiven, ohne weitere Bedeutung für den Erbschaftserwerb und die Schuldenhaftung des Erben [5]. Nach der Meinung des Entwurfes muß mit dieser Inventaraufnahme auch keine Schätzung der inventarisierten Erbschafts-

[1] Cf. Art. 561, Abs. 3.
[2] Art. 578 ff.
[3] Art. 594, Abs. 2.
[4] Geregelt in Art. 554.
[5] Cf. Sten. Bull. 1906, S. 447. Hitzig, l. c., S. 45. Martin, l. c., S. 96.

stücke aufgenommen werden [1]. Die Aufnahme liegt der « zuständigen [2] » Behörde ob, und vollzieht sich im Übrigen nach kantonalem Rechte [3].

Als zweite Sicherungsmaßregel nennt Art. 494, Abs. 2, nicht als zwingende Norm, die « Sicherstellung ». Art. 494 Abs. 2 hat in den Räten [4] folgende Fassung erhalten :

« Die Auslieferung der Erbschaft an den Vorerben erfolgt, sofern ihn der Erblasser nicht ausdrücklich von dieser Pflicht befreit hat, nur gegen Sicherstellung, die bei Grundstücken durch Vormerkung der Auflage (Art. 495) [5] im Grundbuch geleistet werden kann [6]. »

Bei dieser Sicherstellung hat man vor allem an Kaution zu denken, welche in Hinterlage von Geld und Wertpapieren, Pfandbestellung, Bürgenstellung etc. zu geschehen hat [7]. Sie ist in erster Linie dem Nacherben zu leisten, unter Umständen auch dem Willensvollstrecker, sofern ein solcher ernannt ist [8], bei Minderjährigkeit oder Entmündigung des Nacherben dessen

[1] Dies scheint nicht in Übereinstimmung damit zu sein, daß der Vorerbe « Sicherstellung » zu leisten hat (Art. 494, Abs. 2) ; denn diese Sicherstellung richtet sich doch gewiß nach dem Werte der Erbschaft und um diesen zu ermitteln muß notwendig eine Schätzung — sei es summarisch oder einzeln — vorgenommen werden.

[2] Die Behörde ist die gleiche wie diejenige des Art. 554. Lardy (Eingabe vom 9. III. 1901) und Schatzmann, Vizekanzler (Eing. vom 12. August 1901) vermissen eine nähere Bezeichnung dieser Behörde. Letzterer hält für geeignet die Vormundschaftsbehörde am Wohnsitz des Erblassers. — Die nähere Bezeichnung dieser Behörde ist dem kantonalen Rechte überlassen.

[3] Art. 554 am Schlusse.

[4] Cf. Sten. Bull. 1905, S. 1374 ; 1906, S. 189.

[5] Warum im deutschen, nicht aber im französischen Text Verweisung auf Art. 495 ?

[6] Art. 495, Abs. 3 wurde wegen dieser veränderten Fassung gestrichen.

[7] Vergl. über die Sicherstellung, die der Nießbraucher zu leisten hat, Art. 751 ff.

[8] Cf. Art. 522, 523, 555, Abs. 2.

Vormund, und falls der Nacherbe abwesend oder noch nicht geboren oder gezeugt sein sollte, dem Beistand, eventuell der zuständigen Behörde des Art. 494, Abs. 1. Das Maximum der Sicherheitsleistung bestimmt sich nach dem Werte der inventarisierten Erbschaftssachen, so daß damit dem Nacherben gegen etwaige übertriebene Forderungen eine Grenze gesetzt ist. Es ist wohl klar, daß der Nacherbe sich auch mit einer Leistung unter diesem Maximum begnügen oder dem Vorerben die Sicherstellung ganz erlassen kann. Wir glauben dies selbst für den Fall annehmen zu dürfen, da der Erblasser dem Vorerben ausdrücklich die Pflicht, den Nacherben sicher zu stellen, auferlegt hat; denn eine Sicherstellung hat ja lediglich nur das Interesse des Nacherben im Auge, auf welches dieser verzichten darf. Etwas anderes wäre es selbstverständlich, wenn der Erblasser die Sicherheitsleistung des Vorerben ausdrücklich zu einer Bedingung seines Erwerbes erhoben hätte. Hier könnte der Nacherbe den Vorerben nicht befreien. Verlangt der Nacherbe solche Sicherstellung, so genügt es nicht, wenn der Vorerbe dieselbe nur teilweise zu leisten vermag.

Für die Sicherheitsleistung bei Grundstücken genügt es, wenn die Auslieferungsauflage im Grundstück vorgemerkt ist [1]. Damit ist aber nicht gesagt, daß die Anwartschaft des Nacherben auf Grundstücke im Grundbuch vorgemerkt werden müsse. Vielmehr hat der Vorerbe nach Art. 492, Abs. 2 die Wahl, entweder die Auslieferungsauflage vormerken

[1] Nach der Fassung der 3 Entwürfe — vor Abänderung des Art. 494, Abs. 2 und Streichung des Art. 495, Abs. 3 durch die beiden Räte — wäre die Annahme, daß neben der Kautionsleistung noch Vormerkung im Grundbuch stattfinden müßte, nicht ausgeschlossen gewesen. So wurde es auch von Schatzmann (l. c.) aufgefaßt, der zugleich treffend bemerkte, daß Kaution neben der Vormerkung im Grundbuch nicht mehr nötig sei. Trotzdem segelte im Nationalrate diese Änderung unter redaktioneller Flagge. (Cf. Sten. Bull. 1906, S. 1380.)

zu lassen oder die Sicherstellung anderweitig zu leisten. Die Annahme, daß die Wahl dem Nacherben zustehe, ist ausgeschlossen. Hat der Erblasser den Vorerben von der Sicherstellung befreit, so braucht auch eine Vormerkung im Grundbuch nicht eingetragen zu werden. Diese Vormerkung gewährt dem Vorerben in der Regel einen genügenden Schutz, da mit Eintritt des Nacherbfalles die Verfügungen des Vorerben über das vorgemerkte Grundstück unwirksam werden [1]. Damit ist eine äußerst einfache und sichere Regelung der Verhältnisse zwischen Vor- und Nacherben erzielt und eine Reihe von Kompliziertheiten, die sich bei grundsätzlicher Befreiung des Vorerben von jeder Sicherstellung ergeben müßten, abgeschnitten [2]. Zudem ist hervorzuheben, daß es auch dem vermögenslosen Vorerben kein schweres ist, diese Sicherheit zu leisten ; seine finanzielle Kraft wird nur bezüglich der Mobilien in Anspruch genommen.

Stirbt der Vorerbe, bevor der Zeitpunkt der Auslieferung an den Nacherben gekommen ist, so wirkt die geleistete Sicherstellung auch für die Erben des Vorerben. Hat aber der Erblasser den Vorerben ausdrücklich von der Sicherstellung befreit, so sind damit nicht auch die Erben des Vorerben befreit. Auf diese geht die Erbschaft nur gegen Sicherstellung über [3]. Hier tritt das Zutrauensmoment, das der Erblasser der Person des Vorerben, aber auch nur dieser gegenüber, gehabt hat, in billigenswerter Weise in den Vordergrund. Allerdings halten wir dafür, daß Art. 493, Abs. 2 nicht so weit gehen wolle, daß der Erblasser durch aus-

[1] Cf. S. 116 ff.

[2] Das deutsche B. G. B. gibt dem Nacherben nur das Recht auf Sicherstellung ev. obrigkeitl. Erbschaftsverwaltung, wenn durch das Verhalten des Vorerben oder durch seine ungünstige Vermögenslage die Besorgnis zu einer erheblichen Verletzung der Anwartschaft begründet ist. Cf. § 2128. Dazu Perrin, l. c., S. 54 ff. Herzfelder, l. c., S. 396 ff.

[3] Art. 493, Abs. 2.

drückliche Verfügung nicht auch die Erben des Vorerben von der Sicherstellung befreien könnte.

In engem Zusammenhang mit der in Art. 494, Abs. 2 erwähnten « Sicherstellung » steht das dritte Sicherungsmittel, die obrigkeitliche Erbschaftsverwaltung. « Vermag der Vorerbe die Sicherstellung nicht zu leisten, oder gefährdet er die Anwartschaft des Nacherben, so ist die Erbschaftsverwaltung anzuordnen [1] ». Wann eine Gefährdung [2] vorliege, hat das richterliche Ermessen, wohl regelmäßig auf Klage des Nacherben, zu entscheiden. Dabei dürfte eine bloße Glaubhaftmachung nicht genügen, sondern die Gefährdung muß objektiv begründet werden können. Es geht aber aus der ganzen Fassung des Art. 494 hervor, daß es zur Anordnung der Erbschaftsverwaltung in dringenden Fällen, wie bei dauernder Abwesenheit des Nacherben ohne Vertretung, bei noch nicht rechtsfähiger Existenz desselben etc., nicht einmal einer Klage bedarf, sondern daß die Behörde von sich aus dem Vorerben die Verwaltung entziehen kann [3].

Nach dem Wortlaut des Art. 494, Abs. 3 ist es nicht ausgeschlossen, daß, trotzdem Sicherstellung geleistet ist, noch Erbschaftsverwaltung angeordnet werden kann ; denn auch die geleistete Sicherstellung vermag nicht immer eine Gefährdung der Anwartschaft auszuschließen. Wohl darf man sagen, daß eine Gefährdung der Anwartschaft kaum mehr nachgewiesen werden kann, wenn die Sicherstellung im vollen Wertbetrag der Erbschaft derart [4] geleistet wird,

[1] Art. 494, Abs. 3.

[2] Der Teilentwurf von 1895, Art. 444, Abs. 4 verlangte eine « erhebliche » Gefährdung. Vergl. bei der Nutznießung Art. 751.

[3] Dies war im Teilentwurf von 1895 (Art. 444, Abs. 4) noch ausdrücklich ausgesprochen.

[4] Eine Gefährdung kann gleichwohl vorliegen, wenn z. B. die Sicherstellung durch Bürgschaft auf den vollen Wertbetrag der Erbschaft geht, die Qualität der Bürgen aber zu wünschen übrig läßt.

daß der Nacherbe für jeden Schaden gedeckt ist. Gewährt aber die Kautionsleistung, obwohl sie auf den vollen Wertbetrag der Erbschaft geht, nicht genügenden Schutz, oder wird die Sicherstellung mit Zustimmung des Nacherben nur teilweise geleistet, so ist eine Gefährdung der Anwartschaft dennoch möglich und daher obrigkeitliche Erbschaftsverwaltung neben der Sicherstellung nicht ausgeschlossen. Das gleiche gilt, wenn die Sicherstellung durch Vormerkung der Verfügungsbeschränkung im Grundbuch geleistet wird, weil der Nacherbe durch nicht grundbuchliche Verfügungen des Vorerben, wie Deteriorationen, Kulturveränderungen, übermäßige Nutzungen etc., dennoch geschädigt werden kann.

Vermag der Vorerbe die Sicherstellung nur teilweise zu leisten und begnügt sich der Nacherbe damit nicht, so ist immer Erbschaftsverwaltung anzuordnen; denn der Ausdruck des Art. 494, Abs. 3: «Vermag der Vorerbe diese Sicherstellung nicht zu leisten,...» fordert volle Sicherstellung. Es ist daher ausgeschlossen, daß die Erbschaft zum Teil unter obrigkeitliche Verwaltung, zum Teil unter die Verwaltung des Vorerben zu stehen käme. Es wäre übrigens in den meisten Fällen auch schwierig, eine genaue Ausscheidung vorzunehmen, wonach man wüßte, was und wieviel unter die beiden Verwaltungen fallen würde.

Ob und inwieweit bei Eintritt der obrigkeitlichen Erbschaftsverwaltung die geleistete Sicherstellung frei wird, hängt von den Umständen des einzelnen Falles ab. Jedenfalls bleibt sie in Haft für den bereits entstandenen Schadenersatzanspruch des Nacherben. Da aber auch fernerhin eine Schädigung des Nacherben durch die ungünstige Vermögenslage des Vorerben möglich ist [1], so dürfte die Sicherstellung

[1] Wir haben bereits auf Seite 92 beiläufig bemerkt, daß wegen dem Rechte der Gläubiger des Vorerben, auf die Erbschaft zu greifen, die obrigkeitl. Erbschaftsverwaltung dem Nacherben schlechten Trost gibt und für viele Fälle eigentlich keine Sicherstellung ist. Nimmt ein über-

auch hiefür weiter haften. Auch die bereits im Grundbuch eingetragene Vormerkung der Auslieferungsauflage darf bei Eintritt der Erbschaftsverwaltung nicht gelöscht werden.

IV. Rechte und Pflichten des Vorerben nach Auslieferung der Erbschaft an ihn.

1. Verwaltungsrecht und Verwaltungspflicht des Vorerben.

Sobald der Vorerbe die Sicherstellung, welch die Voraussetzung seines Erwerbes ist, geleistet hat, muß ihm die Erbschaft ausgeliefert werden. (Art. 494, Abs. 2.) Mit der Auslieferung der Erbschaft setzen die Rechte des Vorerben praktisch ein. Da dieser Eigentümer der Erbschaft ist [1], so stehen ihm auch grundsätzlich alle Rechte eines Eigentümers einer Sache zu, soweit sie nicht zu Gunsten des Nacherben einer Beschränkung unterliegen. Der Vorerbe hat demnach das Recht, die Erbschaftsgegenstände zu besitzen, zu gebrauchen und zu nutzen wie ein Eigentümer. Vor allem aber steht ihm das Recht zu, die Erbschaftsverwaltung selbst zu übernehmen und so zu führen, wie er es dereinst dem Nacherben gegenüber zu verantworten vermag. Es kann ihm deshalb auch niemand verbieten, aus der Erbschaft selber Aufwendungen zu machen, wenn sie geschehen, um die Erbschaftsgegenstände in einem ordnungsgemäßen Zustande zu erhalten. Selbst dann, wenn ihm die Verwaltung aus irgend einem Grunde entzogen wird, muß sie ihm wieder zurück-

schuldeter Vorerbe die Erbschaft an, so vermag er regelmäßig die Sicherstellung nicht zu leisten. Es tritt also Erbschaftsverwaltung ein, während inzwischen die Gläubiger des Vorerben die Erbschaft unter sich verteilen. Der Nacherbe steht dieser Unbilligkeit wehrlos gegenüber.

[1] Art. 495, Abs. 2. Martin, l. c., S. 41, 42, steht bei der Frage nach Rechten und Pflichten des Vorerben vor einem förmlichen Rätsel.

gegeben werden, wenn nachträglich der Grund der Entziehung derselben weggefallen ist. Will er die Erbschaftsverwaltung nicht selber übernehmen, so kann er sie einem Dritten übertragen, gleichviel, ob er diesem auch die Nutzung der Erbschaft gewähren will oder nicht [1].

Schwieriger ist die Frage, ob dem Verwaltungsrecht des Vorerben auch eine Verwaltungspflicht gegenüberstehe ; denn eine solche Pflicht erwächst an sich dem Vorerben weder aus seiner Rechtsstellung als wahrer Erbe noch aus dem Umstande, daß er dereinst bei Eintritt des Nacherbfalles aufhört, Erbe zu sein und der Nacherbe an seine Stelle tritt [2]. Die Ausübung eines Rechtes durch den Vorerben und die Innehabung einer Sache durch ihn, zum Zweck, ein eigenes Recht daran zu verwirklichen, ist eben wesentlich verschieden von den Befugnissen, die denjenigen zukommen, die in einer bloß obligatorischen Stellung zum Eigentümer einer Sache sich befinden [3] ; denn der Vorerbe ist kein bedingt Forderungsberechtigter, sondern ein an den Erbschaftssachen bedingt dinglich Berechtigter [4]. Wenn daher Art. 1177 (172) des Entwurfes zum Obligationenrecht sagt, daß der bedingt Verpflichtete nichts vornehmen dürfe, was die gehörige Erfüllung seiner Verbindlichkeit hindern könnte, so ergibt sich daraus für unsern Fall noch nicht eine obligatorische Pflicht des Vorerben, nichts zu tun, was das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen könnte. Obligatorisch ist demnach der Vorerbe lediglich verpflichtet, Sicherstellung zu

[1] Cf. Groth, l. c., S. 58.

[2] Cf. Perrin, l. c., S. 49. Motive zum deutschen B. G. B., Berlin und Leipzig, 1888, S. 101 ff.

[3] So der Nutznießer, der Pfandgläubiger, der Stellvertreter und der Beauftragte.

[4] Thiesing, Archiv f. d. civ. Praxis, Bd. 94, S. 232 bemerkt richtig : « Bedingt verpflichtet ist eigentlich der Vorerbe nicht. Seine Stellung ist eine wesentlich andere, als diejenige eines aus einem Vertrage bedingt Verpflichteten ».

leisten [1], wenn er seine Befugnisse überschreitet, sofern er die Sicherstellung überhaupt nicht bereits geleistet hat [2]. Dinglich ist der Nacherbe nach Art. 1177 (172) O.-R. Dritten gegenüber allerdings geschützt, ein obligatorisches Recht während der Vorerbschaft hat er nach innen, d. h. den Vorerben gegenüber, abgesehen vom Recht auf Sicherstellung, nicht. Obligatorische Ansprüche erwachsen ihm den Vorerben gegenüber erst mit dem Zeitpunkt der Nacherbfolge und zwar in Form von Schadenersatzansprüchen.

Der während der Vorerbschaft für den Nacherben bestehende dingliche Schutz erhält eine besondere Kräftigung dadurch, daß praktisch in den meisten Fällen, selbst wenn Sicherstellung geleistet wurde [3], noch Erbschaftsverwaltung verlangt werden kann, sobald der Vorerbe auf irgend eine Weise die Anwartschaft des Nacherben gefährdet. Das damit gewährleistete Kontrollrecht des Nacherben zwingt den Vorerben, will er im Besitze der Erbschaft verbleiben [4], diese fortgesetzt ordnungsgemäß zu verwalten, ohne daß eine spezielle obligatorische Verpflichtung dazu aufgestellt wäre. Der Zwang, der hiemit auf den Vorerben ausgeübt wird, bei Betätigung seiner Rechte nach den Regeln einer sorgfältigen Wirtschaft zu verfahren, ist praktisch jedoch gleichbedeutend mit einer Verwaltungspflicht des Vorerben. Diese allgemein gehaltene Verwaltungspflicht des Vorerben will aber offenbar nicht so verstanden sein, daß dieser wegen jeder einzelnen Verwaltungshandlung der Kontrolle des Nacherben unterstände, wie der Verwalter eines fremden Vermögens. Vielmehr muß der Nacherbe auf das Gesamtresultat der Verwaltung sehen und sich damit begnügen, daß beim Eintritt des Nacherbfalles die Erbschaft als ein Vermögensganzes sich

[1] Art. 1177 (172), O.-R., Abs. 2.
[2] Art. 494, Abs. 1 und 2.
[3] Cf. S. 94 ff.
[4] Cf. Art. 494, Abs. 3.

in dem Zustande befindet, der sich bei einer bis zur Herausgabe fortgesetzten ordnungsgemäßen Verwaltung ergibt. Ein Recht darauf, daß der Vorerbe ihn selbst bei wichtigeren Verwaltungshandlungen um die Einwilligung anfragen müsse oder daß die Bewirtschaftung nach einem gemeinsamen Wirtschaftsplan erfolge, hat der Nacherbe nicht [1]. Daß die Zustimmung des Nacherben zu wichtigeren Verwaltungsakten des Vorerben im Interesse beider an einer spätern friedlichen Auseinandersetzung ist, braucht keiner eingehenden Begründung.

Diese Verwaltungspflicht des Vorerben bedarf aber noch der nähern Präzisierung. Es darf dem Vorerben nicht eine Pflicht auferlegt werden, ohne zu bestimmen, nach welchem Kriterium die Folgen der Verletzung dieser Pflicht beurteilt werden müssen. Daher muß festgestellt werden, was für einen Grad von Diligenz er bei der Verwaltung der Erbschaft anzuwenden habe. Da der Entwurf selbst keine Bestimmungen darüber enthält, müssen wir uns wieder an die Erläuterungen halten. Diese bestimmen [2], daß die Erbschaft einem Nießbrauchsvermögen entsprechend auszuliefern sei; daraus dürfte folgen, daß auch für die Verantwortlichkeit die Regeln des Nießbrauches anzuwenden sind. Es kämen darnach also Art. 743, Abs. 1 in Betracht, nach welchem der Nießbraucher und also auch der Vorerbe für den Untergang und den Minderwert der Sache mit omnis diligentia [3] einzu-

[1] Ebenso Rümelin, l. c., S. 104 und deutsches B. G. B., §§ 2114, 2116, 2117 ff. Perrin, l. c., S. 40. Cosack, l. c., S. 746. Strohal, l. c., S. 175 ff.

[2] Erl. z. Vorentw., S. 76.

[3] Nach römischem Rechte war die Haftung auf diligentia quam suis beschränkt, was allerdings bestritten ist. Cf. Dernburg, Pandekten, I. c., S. 248. Windscheid, « l. c. III., S. 672, § 665. Diese beschränkte Haftung ist auch in das deutsche B. G. B., § 2131 übergegangen. Das preußische A. L. R. verlangte Haftung für « mäßiges Versehen ». Cf. Springguth, l. c., S. 21. Perrin, l. c., S. 50 ff. Mielke, l. c., S. 41.

stehen hat, « sofern er nicht nachweist, daß dieser Schaden ohne sein Verschulden eingetreten ist. » Diese Regeln des Nießbrauchs reichen aber für den Vorerben nicht aus, weil dieser als Inhaber und Eigentümer eines ganzen Vermögens auch in Bezug auf die Substanz der Erbschaft selbständig Geschäfte abzuschließen ermächtigt ist, also nicht bloß Haftung für Untergang und Minderwert einer Sache in Betracht kommt. Wenn auch nichts dazu zwingt, so dürften doch die Haftungsregeln über Geschäftsführung ohne Auftrag ergänzend anzuwenden sein ; denn diese würden im Einklang stehen mit der strengen Haftung beim Nießbrauch [1]. Der Vorerbe wäre demnach gezwungen auf die Verwaltung der Vorerbschaft eine größere Sorgfalt anzuwenden als auf die Verwaltung seines eigenen Vermögens. Da er zudem regelmäßig Sicherstellung zu leisten verpflichtet ist, ist für den Schutz des Nacherbenrechtes hinreichend gesorgt [2].

Neben dieser Haftungsfrage ist für die Verwaltung des Vorerben noch die Frage nach den Kosten und Lasten der Erbschaft von größter Bedeutung. Der Entwurf gibt keinen Aufschluß darüber, wie weit der Vorerbe verpflichtet sei zur Tragung von Lasten [3]. Es geschieht dies vielleicht im Hinblick

[1] Cf. Art. 1521 (470), O.-R. In der Expertenkommission erklärte Schneider, der Vorerbe sei nicht anders verantwortlich wie ein Geschäftsführer ohne Auftrag. Cf. Protokoll, II. Bd., S. 570.

[2] Wir halten eine strengere Haftung als diejenige eines Gesellschafters nicht für gerechtfertigt. Cf. O.-R. Art. 1604 (538) ; Art. 1623 (555) ; Art. 1663 (594). Rümelin, l. c., S. 105 erklärt diese strenge Haftung aus dem ganzen individualisierenden Standpunkt, den das Obligationenrecht bezügl. der Schadenersatzfrage einnehme.

[3] Rümelin, l. c., S. 104 erklärte mit Grund : « Vollständig fehlt es an einer genauern Regelung der Verpflichtungen des Vorerben zur Tragung von Lasten ». Hachenburg, l. c., S. 56-57 unterscheidet zwischen Kosten und Lasten der Erbschaft : « Kosten bedeuten stets die Aufwendung für einen bestimmten Zweck ; sie sind Leistungen, welche gemacht oder versprochen werden müssen, damit eine Gegenleistung erreicht wird. Die Last besagt nur das Vorliegen einer Ver-

darauf, daß der Vorerbe Eigentümer der Erbschaft ist. Aus seiner Qualität als Eigentümer könnte man ja allerdings mit Not entnehmen, daß er auch die Lasten der Erbschaft zu tragen habe und zwar für so lange, als sein Eigentum dauert. Allein will man bestimmte, abgegrenzte Normen haben, so ist man auch hier zur Anwendung analoger Bestimmungen gezwungen. Diese dürften wiederum am besten beim Nießbrauch zu suchen sein, da ja die Erläuterungen die Analogie zum Nießbrauch selbst anregen. Zwar gibt uns der Hinweis der Erläuterungen, daß einem Nießbrauchsvermögen entsprechend auszuliefern sei, an sich noch keine Berechtigung zur Annahme, daß diesbezüglich die Regeln über den Nießbrauch, also die Art. 755 bis 759 Geltung auch für die Vorerbschaft hätten. Die Erläuterungen sprechen die Analogie zum Nießbrauch bloß in Bezug auf die Herausgabe aus, daher kann man offenbar auch nur diejenigen Regeln über den Nießbrauch auf die Vorerbschaft anwenden, welche von der Rückleistung des Nießbrauchsgegenstandes handeln, also die Art. 742, 743, 744, 745. Trotzdem halten wir auch die Art. 755, 756, 757, 758 wenigstens für analog anwendbar, da sie ja die Pflicht des Vorerben zur Tragung von Lasten, die sich aus seiner Eigenschaft als Eigentümer der Erbschaft ergibt, nicht neu schaffen, sondern bloß näher präzisieren [1].

Zunächst bestimmt also Art. 755, daß der Vorerbe den Gegenstand in seinem Bestande zu erhalten und Ausbesse-

pflichtung ohne Rücksicht darauf, ob ihr ein Äquivalent, das in die Erbschaft fließt, entgegensteht ». Schulden seien Lasten und daher vom Vorerben immer aus der Erbschaft zu bestreiten. Wenn man Steuern und Abgaben nicht als Schulden betrachtet, ist dies richtig, andernfalls wäre zu bemerken, daß diese vom Vorerben zu tragen sind. Dies ist nicht bloß für den Entwurf (756), sondern auch nach deutschem B. G. B., § 2126 so gehalten.

[1] In Übereinstimmung Rümelin, l. c., S. 105, welchem wir vollends beipflichten, wenn er eine ausdrückliche Bestimmung hierüber « für angemessen » hält.

rungen und Erneuerungen, die zum gewöhnlichen Unterhalt gehören, von sich aus vorzunehmen habe. Er darf diese Kosten also nicht aus der Erbschaft selbst oder auf Rechnung des Nacherben bestreiten, sondern hat sie aus eigenen Mitteln oder aus der Nutzung der Erbschaft zu berichtigen [1]. Werden aber wichtigere Arbeiten und Vorkehrungen nötig, so hat er nicht bloß das Recht, dieselben von sich aus auf Kosten der Erbschaft vorzunehmen, sondern auch die Pflicht. Eine Anzeige an den Nacherben, wie sie der Nutznießer an den Eigentümer zu machen hat [2], obliegt ihm nicht. Daß sie aber im Interesse beider an einer friedlichen Auseinandersetzung, die ja später doch zu erfolgen hat, sein würde, ist selbstverständlich. Bestreitet der Vorerbe die Kosten derartiger wichtigerer Unternehmungen und Vorkehrungen von sich aus, d. h. entweder aus seinem eigenen Vermögen oder aus der Nutzung der Erbschaft, so kann er nach Art. 744, Abs. 1 bei Eintritt der Nacherbfolge vom Nacherben Ersatz verlangen.

Der Vorerbe trägt ferner die Auslagen für den gewöhnlichen Unterhalt und die Bewirtschaftung der Erbschaftssachen, sowie die Steuern und Abgaben im Verhältnis zur Zeit seiner Berechtigung. (Art. 756.) Auch diese muß er aus seinem eigenen Vermögen, resp. aus der Nutzung der Erbschaft bestreiten, ist aber innert den Schranken der Verfügungsgewalt berechtigt, Erbschaftsgegenstände hiefür zu verwerten, was jedoch unbeschadet der Rechte des Nacherben zu geschehen hat.

Vollends trifft auch Art. 757 zu, welcher den Vorerben verpflichtet, die auf der Erbschaft haftenden Kapitalschulden zu verzinsen und die darauf lastenden Steuern zu entrichten. Zwar ist ein Nutznießer zur Tragung dieser Steuern nur dem Eigentümer gegenüber verpflichtet, während die Staatsver-

[1] Cf. deutsches B. G. B., § 2124.
[2] Cf. Art. 755, Abs. 2 und 3.

waltung selbst sehr wohl den Eigentümer als Steuerpflichtigen bezeichnen könnte [1]. Selbstverständlich könnte diese den Nacherben für derartige Steuern nie vor Eintritt des Nacherbfalles belangen, weil bis zu diesem Zeitpunkte der Vorerbe Eigentümer ist. Da aber die Staatsverwaltung sich immer an den Eigentümer halten darf, so folgt daraus, daß nach Eintritt der Nacherbfolge der Nacherbe auch für die noch rückständigen Steuern aufzukommen hat, ihm aber Regreß auf den Vorerben zusteht.

Ohne Bedenken darf auch die Regel des Art. 758 auf die Vorerbschaft angewendet werden. Darnach muß der Vorerbe den Gegenstand gegen Feuer und andere Gefahren versichern lassen, ohne daß er die Versicherungsprämie dem Nacherben gegenüber in Abzug bringen dürfte. Diese Versicherungspflicht gilt aber nur so weit, als die Versicherung den Regeln einer sorgfältigen Wirtschaft entspricht [2]. (Art. 758, Abs. 1.)

An die Pflicht der Vorerben zur Tragung dieser gewöhnlichen Lasten, für die auch der Nießbraucher aufzukommen hat, reiht sich die Pflicht zur Tragung der Vermächtnisse. Es dürfte aber nicht zum vornherein klar sein, daß der Vorerbe alle vom Erblasser ausgesetzten Vermächtnisse allein zu tragen habe. Von sich aus, d. h. aus seinem Vermögen, hat er die Vermächtnisse nur dann zu tragen, wenn dies aus den Verfügungen ausdrücklich hervorgeht [3]. Regelmäßig und im Zweifel muß vielmehr die Erbschaft als belastet angesehen werden. (Art. 488, Abs. 2.) Eine abweichende Regel davon ist selbst dann nicht anzunehmen, wenn der Vorerbe als « Beschwerter » bezeichnet wird. Die Ausdrucksweise erklärt sich dann daraus, daß zunächst der Vorerbe

[1] Stenogr. Bull. 1906, S. 581.

[2] Der Vorerbe hat z. B. selbstverständlich keine Pflicht, ein unfruchtbares Gelände gegen Hagel zu versichern.

[3] Cf. Art. 488, Abs. 3.

Erbe wird, als Erbe die Vermächtnisse zu erfüllen hat und als Erbe beschwert anzusehen ist [1]. Wird bloß der Nacherbe als Beschwerter bezeichnet, so sind die Vermächtnisse auch nur vom Nacherben, aber erst mit Eintritt des Nacherbfalles, zu entrichten. Zweifel könnten entstehen, wenn der Erblasser zwar die Erbschaft belasten wollte, aus der Verfügung jedoch hervorginge, daß die Vermächtnisse aus den Nutzungen der Erbschaft bestritten werden sollen. Hier wäre es unbillig, müßte der Vorerbe die Haftung allein übernehmen. Das Richtigste dürfte sein, im Zweifel nur den Vorerben als belastet anzusehen, ihm aber mit Eintritt des Nacherbfalles einen Ersatzanspruch bis auf die Hälfte der Last dem Nacherben gegenüber zu geben.

Im Unterschied vom Nutznießer hat der Vorerbe ferner nicht bloß die Kapitalschulden zu verzinsen und die Steuern zu tragen, sondern auch für die Kapitalsumme als solche [2], sowie für die laufenden Schulden und deren Verzinsung aufzukommen [3]. Gerade wegen seiner Haftung für die laufenden Schulden und deren Verzinsung dürfte Art. 757, Abs. 3 auf die Vorerbschaft häufig Anwendung finden. Darnach kann sich der Vorerbe von der Zinspflicht und, soweit die Aktiven ausreichen, auch von der Kapitalsumme dadurch befreien, daß er die Erbschaft, sei es von sich aus, liquidiert, oder — was für ihn noch besser ist — amtlich liquidieren läßt, und aus dem Erlös die Gläubiger befriedigt. Ergibt sich ein Überschuß, so gilt er auf diesen gleichwohl als Vorerbe eingesetzt [4].

[1] Cf. Motive z. deutschen B. G. B., S. 123.

[2] Eine Ausnahme besteht bei der Gültschuld, wegen deren Reallastcharakter der Schuldner nicht persönlich haftet. Art. 833, Abs. 2.

[3] Art. 561, Abs. 2.

[4] Der Code civil français verlangt immer Liquidation des mobilen Fiduziarvermögens. Cf. Art. 1058, 1059, 1060, 1061 und 1062, dazu: Schäffner: Geschichte der Rechtsverfassung Frankreichs, Bd. II, S. 419, Bd. III, S. 298. Viollet: Histoire du droit français, Paris, 1886, S. 757 ff.

Ob die Umstände ein solches Vorgehen rechtfertigen, hat der Vorerbe selbst zu entscheiden. Glaubt er, eine derartige Maßregel dem Nacherben gegenüber verantworten zu können, so steht ihm nichts im Wege, dieselbe auszuführen [1].

Dies ist aber nicht das einzige Mittel, das dem Vorerben zu Gebote steht, seine Haftung zu beschränken. Vielmehr hat er als Erbe das Recht, die persönliche Haftung mit seinem eigenen Vermögen durch Ausschlagung [2] der Erbschaft, sowie durch Verlangen der amtlichen Liquidation [3] ganz zu beseitigen und bei Annahme der Erbschaft unter öffentlichem Inventar auf die im Inventar verzeichneten Passiven zu beschränken [4].

Tut er nichts zur Beschränkung seiner Haftung, so hat er die Erbschaft vorbehaltlos angenommen und haftet nun auch für die Erbschaftsschulden mit seinem eigenen Vermögen persönlich und unumschränkt. (Art. 561, Abs. 2). Daraus ergibt sich, daß ihm gegenüber Erbschaftsgläubiger und Privatgläubiger (des Vorerben) auf eine Stufe gestellt sind und nun beide zu seinen persönlichen Gläubigern gehören. An diese schließen sich dann noch die Vermächtnisnehmer an, nur gehen ihnen nach Art. 565, Abs. 1 die Gläubiger des Erblassers mit ihren Ansprüchen vor.

Auch dem Nacherben gegenüber sind die Gläubiger der Erbschaft und die Privatgläubiger des Vorerben rechtlich und faktisch gleichgestellt, sofern sie sich nicht innert der

[1] Rechtfertigen kann er es z. B. sehr wohl, wenn in der Erbschaft Bargeld sich befindet, das sich weniger hoch verzinst, als der Zinsfuß der Kapitalschulden steht oder wenn ein Betrieb in die Vorerbschaft fällt, den der Vorerbe nicht weiter führen kann. In diesem Falle ist es besser zu liquidieren und die Erbschaftsschulden zu berichtigen.

[2] Art. 567 ff., cf. S. 88 ff.

[3] Art. 591 ff.

[4] Art. 587, spez. Abs. 3. Cf. Sten. Bull. 1906, S. 297 ff. und S. 462 ff. Dazu: Hitzig, l. c., S. 48. Erl. z. Vorentw., S. 122.

ihnen gesetzten Frist[1] Sicherstellung ihrer Forderungen, resp. Separation des Privatvermögens des Vorerben von der Vorerbschaftsmasse durch amtliche Liquidation der letztern, verlangen[1]. Sobald die Gläubigerklassen von diesem ihrem Rechte keinen Gebrauch machen, so gehören sie beide zu den persönlichen Gläubigern des Vorerben, mit der Folge, daß dem Nacherben die ihm vom Vorerben geleistete Sicherstellung auf alle Fälle und jedermann gegenüber Schutz bietet. Hat aber der Nacherbe keine Sicherstellung, so haben trotzdem beide Gläubigerklassen, ohne Rücksicht darauf, daß auf der Vorerbschaftsmasse eine Anwartschaft ruht, das Recht, in gleicher Weise wie auf das Privatvermögen des Vorerben, auch auf die Vorerbschaftsmasse selbst zu greifen.

Verlangen jedoch die Gläubiger der Erbschaft oder des Vorerben Sicherstellung ihrer Forderungen, eventuell amtliche Liquidation[2] der Vorerbschaftsmasse, so haben selbstverständlich die Gläubiger der Erbschaft unbeschränkten Zugriff auf den der Nacherbfolge unterliegenden Nachlaß. Ergibt sich diesfalls bei der Liquidation der Erbschaft ein Überschuß, so fällt er in das Privatvermögen des Vorerben zurück, so daß nun auch die Gläubiger des Vorerben darauf greifen können. Allein faktisch ist der Nacherbe gegen diesen Zugriff der Gläubiger des Vorerben gedeckt durch die Sicherstellung, die ihm dieser leisten mußte. Die Sicherstellung bleibt den Gläubigern des Vorerben entzogen. Hat der Nacherbe keine Sicherstellung, so hat er auch keinen Schutz, so daß der Aktivüberschuß der Vorerbschaftsmasse den Gläubigern des Vorerben wehrlos ausgeliefert ist.

[1] Art. 592, 593.

[2] Die Erläuterungen haben offenbar nur diesen Fall im Auge. Cf. Erl. z. Teilentw. von 1895, S. 151 und diejenigen zum Vorentwurf von 1900, S. 76.

2. Das Verfügungsrecht des Vorerben.

a) Verfügungen unter Lebenden.

α) *Allgemein.*

Ein besonders wichtiges Recht, das der Pflicht des Vorerben zur Verwaltung der Erbschaft gegenübersteht, ist das Recht, in bestimmtem Umfange über die Erbschaft zu verfügen. Dieses Verfügungsrecht leitet sich wie das Verwaltungsrecht aus Art. 495, Abs. 2 ab, welcher bestimmt, daß der Vorerbe Eigentümer der Erbschaft wird, unter der Auflage der Auslieferung. Damit ist gesagt, daß er als Erbe und als Subjekt des Vermögensinbegriffs der Erbschaft an sich berechtigt wäre, über die Nachlaßgegenstände frei zu verfügen, d. h. diejenigen Rechtsgeschäfte vorzunehmen, durch welche unmittelbar ein Recht übertragen, belastet, geändert oder aufgehoben wird [1], wenn ihm nicht das Recht des Nacherben gegenüberstände, das bei Eintritt des Nacherbfalles ihm die Erbfolge entreißt. Diese zeitliche Begrenztheit der Rechte der Vorerben muß von unmittelbarem Einfluß auf sein Verfügungsrecht sein. In Ergänzung des Satzes: resolute jure concedentis, resolvitur jus concessum [2] erklärt daher Art. 1177 (172), Abs. 1 des Entwurfs zum Obligationenrecht: « Der bedingt Verpflichtete darf, so lange die Bedingung schwebt, nichts vornehmen, was die gehörige Erfüllung seiner Verbindlichkeit hindern könnte. » Damit ist das Verfügungsrecht der Vorerben allgemein umschrieben. Er darf demnach weder rechtliche noch tatsächliche Verfügungen

[1] Cf. Planck, l. c., Vorbem. IX., 4 zu § 104. Perrin, l. c., S. 13. Seuffert: « Das gesetzliche Veräußerungsverbot bei Singular und Universalfideikommissen nach röm. Rechte », S. 80 ff. Dernburg, l. c., § 120, S. 247 ff. Windscheid, l. c. I., S. 395 ff.

[2] Vergl. Art. 1179 (174), O.-R.

treffen, « durch welche die Erfüllung des bedingten Rechtsanspruches vereitelt oder beeinträchtigt werden könnte [1] ». So weit und so lange der Vorerbe innert den Grenzen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft sich hält, sind seine Verfügungen jedermann gegenüber vollwirksam und gültig; sobald er jedoch diese Grenzen überschreitet, sind sie dem Nacherben gegenüber unwirksam; denn der Vorerbe kann selbstverständlich auf den Dritterwerber kein anderes Recht an den Erbschaftgegenständen übertragen, als er selbst hatte. Er haftet deshalb dem Dritten für allfällige Entwehrung durch den Nacherben [2]. Allerdings gelten auch hier die Vorschriften zu Gunsten gutgläubiger Dritter [3]; nicht geschützt sind aber jene, welche in Kenntnis vom Nacherbenrechte und der Überschreitung der Befugnisse durch den Vorerben Erbschaftsgegenstände erwerben. Von diesen bösgläubigen Dritten kann der Nacherbe bei Eintritt des Nacherbfalles die Erbschaftsgegenstände vindizieren [4].

Gilt dieses Vindikationsrecht auch da, wo der Vorerbe durch rechtskräftiges Urteil gezwungen wurde, Erbschaftsgegenstände herauszugeben? Wenn wir erwägen, daß der Vorerbe als Eigentümer der Erbschaft (Art. 495, Abs. 2) allein berechtigt ist, über die Substanz der Erbschaft Prozesse zu führen, da auch die Prozeßführung ein Rechtsgeschäft ist, das in den meisten Fällen durch eine rechtliche Notwendigkeit veranlaßt wird, so kommen wir zur Annahme, daß die Rechtskraft des Urteils regelmäßig [5] sich auch auf den Nach-

[1] Hafner: « Das schweizer. Obligationenrecht, 2. Aufl., Zürich, 1905, Anm. 2 zu Art. 172, S. 73.

[2] Cf. O.-R., Art. 1224 (235). Hafner, l. c., S. 113, Anm. 2 zu Art. 235.

[3] Cf. Art. 701, Abs. 2, Art. 972 ff. Dazu Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung vom 28. Mai 1904, S. 93.

[4] Art. 978.

[5] Gleichgültig ist es, ob der Vorerbe den Prozeß verliere oder nicht. Ob der Nacherbe als Nebenintervenient sich am Prozeß beteiligen könne oder nicht, wird die kommende Zivilprozeßordnung

erben erstrecken muß. Weitergehende Schlüsse lassen sich nach dem Entwurf nicht ziehen. Wendet man hingegen die allgemeinen Grundsätze über Verfügungen des Vorerben an, so wäre der Nacherbe an ein Urteil in Bezug auf die Erbschaft dem bösgläubigen Dritten gegenüber nicht gebunden.

Betrachtet man dieses Verhältnis des Vorerben zu Dritten, so sieht man, daß der Entwurf davon ausgeht, daß der Vorerbe eigentlich nicht mehr Verfügungen über die Erbschaft treffen sollte, als gerade zur ordnungsgemäßen Verwaltung nötig sind. Er verbietet ihm zwar nicht, auch weitere Verfügungen zu treffen, erschwert aber seine Stellung dadurch, daß er dem Nacherben mit Eintritt des Nacherbfalles ein Vindikationsrecht gibt. Dieses Vindikationsrecht des Nacherben ist aber Ursache tatsächlicher Beschränkungen des Vorerben, indem der Dritte, der vom Anwartschaftsrecht des Nacherben Kenntnis hat, immer dann Vindikation riskieren muß, wenn er weiß, oder bei gehöriger Sorgfalt hätte wissen müssen, daß der Vorerbe seine Verfügungsbefugnisse überschritten hat. Der Vorerbe wird dadurch notwendigerweise isoliert, da es zu gefährlich ist, mit ihm Geschäfte abzuschließen. Daß diese Stellung des Vorerben weder seinem noch des Nacherben Interesse an ordnungsgemäßer Verwaltung dienen kann, dürfte keinem Zweifel unterliegen [1].

zu entscheiden haben. Jedenfalls wäre seine Beteiligung begründet, da ja auch er ein rechtliches Interesse hat, daß der Vorerbe im Prozeß obsiege. Cf. Preuß. A. L. R. I. 12, § 298. Deutsche C. P. O., §§ 67, 68, 69. Ahlbrecht: « Die Stellung des Vorerben insbes. im Prozeß », Halle, 1902, S. 20 ff.; vergl. auch bezügl. der beim Nacherbfall noch schwebenden Prozesse unsere Ausführungen S. 136.

[1] Daher hat auch das deutsche B. G. B. in den §§ 2113-2115 die Fälle aufgezählt, in denen eine Überschreitung der Befugnis durch den Vorerben dem Nacherben gegenüber nicht wirken soll, im übrigen aber dem Nacherben kein Vindikationsrecht gegeben, gleichviel, ob die Verfügungen ihm schaden oder nicht (§ 2112). Cf. Perrin, l. c., S. 14-15. Strohal, S. 175 ff. Hachenburg, l. c., S. 33-34. Köpke, l. c., S. 19 ff.

Man könnte nun allerdings den Einwand bringen, der Vorerbe sei als Eigentümer der Erbschaft und wegen seiner Pflicht, regelmäßig Sicherstellung zu leisten, nach dem Entwurf in seiner Verfügung, soweit nicht die Vormerkung der Verfügungsbeschränkung im Grundbuch bei Grundstücken eine Ausnahme bilde, keiner weitern Beschränkung unterworfen. Daraus, daß der Vorerbe Eigentümer ist, können wir dies aber nicht schließen; denn er ist in der ganz gleichen Lage wie ein bedingt oder befristet Berechtigter, welchem ein dingliches Recht des Nacherben gegenübersteht [1]. Dieses dingliche Recht des Nacherben wird gerade bei Grundstücken, als dem Stamm der Erbschaft, noch besonders gestärkt dadurch, daß — wie wir noch sehen werden — auch gutgläubige Dritte sich auf ihren guten Glauben nicht berufen können. Die Sicherstellung, die geleistet werden muß, beweist für das Verfügungsrecht des Vorerben schon gar nichts; denn sie hat nur den Zweck [2], subsidiär da in Anspruch genommen zu werden, wo einerseits durch unordentliche Verwaltung des Vorerben der Nacherbe geschädigt wurde, und anderseits der gute Glaube des Dritterwerbers eine Vindikation durch den Nacherben ausschließt [3]. Es ist ja allerdings richtig, daß jede Verfügung des Vorerben sowohl dem gut- als dem bösgläubigen Dritten gegenüber bei Bestand bleibt, bis zum Eintritt des Nacherbfalles, so daß dem Dritterwerber die Nutzung der Zwischenzeit auf alle Fälle verbleibt. Allein mit Eintritt der Nacherbfolge muß das Recht des bösgläubigen Dritten dem stärkern Nacherbenrechte weichen. Nur dann kann selbstverständlich der Nacherbe

[1] Cf. unsere Ausführungen S. 85, ff. Es gilt für die Verfügungen des Vorerben daher der Satz: Nemo plus juris ad alienum transferre potest, quam ipse habet.

[2] Ausgenommen natürlich, wenn die Sicherstellung durch Vormerkung der Auslieferungsauflage im Grundbuch geleistet wird.

[3] Cf. Rossel, Manuel du Droit fédéral des Obligations, IIme édition, Paris, 1905, p. 258.

nicht mehr vindizieren, wenn er in die Verfügung des Vorerben eingewilligt hat. Aus diesen Gründen können wir uns daher auch nicht mit Rümelin einverstanden erklären, wenn er schreibt[1]: « Damit sind alle Verfügungsbeschränkungen bezüglich des beweglichen Vermögens, alle Einholung von Zustimmungen des Nacherben, alle speziellen Verpflichtungen z. B. zur Hinterlage von Wertpapieren, zur mündelsichern Anlage u. s. w. abgeschnitten. » Vielmehr wird unsere Ansicht auch durch die Verhandlungen in der Expertenkommission bestärkt, wo man von den Verfügungen des Vorerben als « bedingten Eigentumsübertragungen » sprach[2]. Ziehen wir die Folgerungen daraus, so ergibt sich notwendig die von uns angenommene Konstruktion.

Diese Beschränkungen des Vorerben in seinen Verfügungen kommen nicht bloß da zur Anwendung, wo ihn der Erblasser von der Sicherstellung nicht befreit hat, sondern auch da, wo er ihn von jeder Verfügungsbeschränkung oder von jeder Sicherstellung ausdrücklich befreite. Gerade in diesem Falle hat der Nacherbe allen Grund, die Verfügungen des Vorerben zu kontrollieren, da die zeitliche Begrenztheit des Vorerbenrechtes den einzigen Schutz gegenüber bösgläubigen Dritten bildet. Wir dürfen aber daraus, daß der Erblasser den Vorerben von jeder Sicherstellung befreit hat, noch keineswegs schließen, daß dieser nun auch von jeder Verfügungsbeschränkung befreit sei; eher dürfte man von der ausdrücklichen Befreiung von jeder Verfügungsbeschränkung auch auf Befreiung von jeder Sicherstellung schließen.

Mit der Befreiung von jeder Verfügungsbeschränkung oder auch von jeder Sicherstellung ist die Einsetzung des Vorerben derart, daß der Nacherbe nur erhalten solle, was

[1] A. a. O., S. 104.

[2] Cf. Protokoll der Expertenkommission, II. Bd., S. 570 (Votum Lienhard).

bei Eintritt des Nacherbfalles noch vorhanden sei, wohl zu unterscheiden. Dieses sogenannte Fideikommiß auf den Überrest[1] unterscheidet sich von einer bloßen Befreiung von der Verfügungsbeschränkung dadurch, daß dasjenige, was der Vorerbe für sich verbraucht und konsumiert, nicht, auch nicht in Form etwaiger Ersatzansprüche, herausgegeben werden muß. Ein solcher Vorerbe wird regelmäßig auch von der Sicherstellung befreit sein[2]. Dieses Rechtsinstitut wird zwar vom Entwurf nicht ausdrücklich erwähnt, doch glauben wir, daß aus diesem Stillschweigen des Entwurfes noch keineswegs auf gänzliche Ablehnung zu schließen sei[3]; denn es ist doch Sache des Erblassers, den Umfang der Auslieferungspflicht einseitig festzustellen und den Nacherben auf einen innerhalb der verfügbaren Quote beliebigen Teil der Erbschaft einzusetzen[4]. Der Entwurf sagt auch nirgends, daß alles das, was der Vorerbe vom Erblasser empfangen habe, auszuliefern sei, sondern er sagt einfach, daß der Nacherbe Erbe des Erblassers werde (Art. 496, Abs. 1), also Erbe auf dasjenige, was ihm der Erblasser von der Erbschaft gibt und geben will[5].

Auch ein solcher Vorerbe hat sich innert den Grenzen

[1] Cf. von Hammerstein-Gesmold « Das Fideikommiß auf den Überrest », Göttingen, 1897, S. 7 ff. Rudolph: Das Fideikommiß auf den Überrest nach gemeinem und nach preußischem Rechte. Berlin, 1897, S. 7 ff. Deutsches B. G. B., § 2137.

[2] Daß er aber im Zweifel von jeder Sicherstellung und Verfügungsbeschränkung befreit sei, ist schon nach Art. 494, Abs. 2 nicht anzunehmen, da dort im Zweifel Sicherstellung verlangt wird und die Sicherstellung durch Vormerkung im Grundbuch auch eine Verfügungsbeschränkung in sich schließt.

[3] v. Salis L. R. in seiner Eingabe an das Justizdepartement vom 19. März 1896 wünschte eine ausdrückliche Norm für das fideicommissum ejus, quod superfuturum erit.

[4] Cf. Art. 492, Abs. 1, Art. 487, Abs. 1.

[5] Wenn die Erl. z. Vorentw., S. 76, 77 sagen, daß der Vorerbe die Erbschaft so auszuliefern habe, wie er sie seinerzeit erhalten habe, so

ordnungsgemäßer Wirtschaft zu bewegen und auch er wird nach allgemeinen Regeln schadenersatzpflichtig, wenn er in der offenkundigen Absicht, den Nacherben zu schädigen, Erbschaftsgegenstände beschädigt, vernichtet oder sich ihrer böswilligerweise entäußert. Seine Handlungen müssen so gut wie jene eines andern Vorerben vom Grundsatz aus beurteilt werden, daß Treu und Glauben die leitenden Motive aller Handlungen sein sollen [1]. Allerdings sind die Rechte des Nacherben hier viel ungewisser und zweifelhafter als beim gewöhnlichen Vorerben. Doch hat auch hier der Nacherbe ein gewisses Aufsichts- und Kontrollrecht und es ist nicht ausgeschlossen, daß bei absichtlicher Verschleuderung der Erbschaftsgüter durch den Vorerben diesem die Verwaltung entzogen und durch die obrigkeitliche Erbschaftsverwaltung ersetzt werden kann. (Art. 494, Abs. 3.) Daß ein derartiger Vorerbe, sei es durch Verfügungen unter Lebenden oder von Todeswegen über die ganze Erbschaft oder über einen Teil derselben verfügen dürfe ist nach dem Entwurf insoweit ausgeschlossen, als dies einem andern Vorerben gegenüber ausgeschlossen ist [2].

β) *Verfügungen des Vorerben über Grundstücke.*

Das Verfügungsrecht des Vorerben erstreckt sich prinzipiell auch auf die Erbschaftsgrundstücke; denn mit dem Tode des Erblassers vollzieht sich sein Eigentumserwerb an Grundstücken, wie derjenige eines andern Erben, ipso-jure. Um aber grundbuchliche Verfügungen über das Grundstück treffen zu können, muß sein Eigentumserwerb im Grundbuch

ist dies wohl daraus zu erklären, daß die Erläuterungen nur den Regelfall im Auge haben; Sinn und Wortlaut des Entwurfes selber gehen den Erl. vor.

[1] Cf. Art. 3, Abs. 2.

[2] Vergl. bezügl. der Herausgabe beim Fideikommiß auf den Überrest S. 151.

eingetragen sein [1]. Diesen Eintrag kann er von sich aus erwirken, nur darf von ihm eine Bescheinigung über seine Erbberechtigung verlangt werden [2]. Sobald er als Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist, so unterliegt sein Verfügungsrecht nach dem Entwurf doch einer verschiedenen Beurteilung, je nach dem die Sicherstellung nach Art. 494, Abs. 2 durch Vormerkung der Auslieferungsauflage im Grundbuch oder auf andere Weise, resp. gar nicht geleistet wird.

Was zunächst die Veräusserungen der Erbschaftsgrundstücke durch den Vorerben anlangt, so unterliegen sie, sofern die Sicherstellung gar nicht oder anders als durch Vormerkung der Auslieferungsauflage im Grundbuch geleistet wird, den allgemeinen Verfügungsgrundsätzen überhaupt. Die Verfügungen können also vom Nacherben nur insofern angefochten werden, als sie sein Recht vereiteln oder beeinträchtigen. Allein auch hier ist der gutgläubige Dritterwerber geschützt. Das an sich defekte Rechtsgeschäft wird durch den guten Glauben saniert, der Eintrag des Vorerben als Eigentümer im Grundbuch ist gerechtfertigt [3], und folglich auch die Veräußerung unanfechtbar [4]. Ist der Nacherbe dadurch geschädigt, so steht ihm ein Schadenersatzanspruch gegen den Vorerben zu [5].

Schwieriger ist die Frage beim Dritterwerber, welcher weiß, daß der Vorerbe das Grundstück nur veräußert,

[1] Art. 650, Abs. 2. Die Erl. z. Vorentw. S. 112 betrachteten den Eigentumserwerb des Erben an Grundstücken als eine gesetzl. Ausnahme von seinem sonstigen ipso-jure Erwerb. Cf. Wieland: « Das Grundbuchrecht im Entw. eines schweiz. Zivilgesetzbuches » in Zeitschrift für schweizer. Recht N. F., Bd. 21, 1902, S. 364.

[2] Art. 566, Erl. z. Vorentw. S. 110.

[3] Art. 650, 1001.

[4] Art. 1011. Vorausgesetzt ist, daß das unterliegende Rechtsgeschäft der gesetzlichen Formvorschrift (öffentliche Beurkundung, Art. 654, Abs. 1) entspreche.

[5] Art. 1013, Abs. 2.

um das Recht des Nacherben zu vereiteln oder zu beeinträchtigen. Hier ist die Veräußerung durch den Vorerben formell zwar ebenfalls richtig vorgenommen ; denn als im Grundbuch eingetragener Eigentümer ist er berechtigt, sie vorzunehmen. Allein das Rechtsgeschäft, auf Grund dessen der Erwerb des Dritten im Grundbuch eingetragen wurde, ist offenbar defekt ; denn das leitende Motiv desselben war auf beiden Seiten die Schädigung des Nacherben. Wenn auch die Leistung als solche nichts unsittliches enthält, so genügt doch das Motiv derselben, das ganze Rechtsgeschäft zu einem gegen die guten Sitten verstoßenden zu machen. Ein solcher Vertrag ist aber nach Art. 1034 des Entwurfes zum Obligationenrecht nicht bloß anfechtbar, sondern nichtig und ein daraufhin erfolgter Grundbucheintrag ist deshalb ohne Rechtsgrund [1] vorgenommen worden. Dies gibt dem Nacherben mit Eintritt der Nacherbfolge das Recht, sich unmittelbar gegenüber dem bösgläubigen Dritten auf die Mangelhaftigkeit des Eintrages zu berufen und auf Löschung desselben zu klagen. (Art. 1012, Abs. 2, Art. 1013.) Das gleiche Recht steht jedermann zu, der durch die Verfügung des Vorerben in seinen dinglichen Rechten verletzt ist. Die Nichtigkeit ist also eine absolute. (Art. 1013, Abs. 2.)

Mehr Gewähr dafür, daß dem Nacherben bei Eintritt des Nacherbfalles die Grundstücke anfallen und verbleiben, bietet die Sicherstellung durch Vormerkung der Verfügungsbeschränkung im Grundbuche [2]. Dabei kommt Art. 999 in Betracht, welcher bestimmt :

« Verfügungsbeschränkungen können für einzelne Grundstücke vorgemerkt werden.

Ziff. 3. Auf Grund eines Rechtsgeschäftes, für das diese Vormerkung ausdrücklich vorgesehen ist (wie für die Heimstätten und die Anwartschaft des Nacherben). »

[1] Art. 1012, Abs. 2.

[2] Art. 494, Abs. 2. Dazu unsere Ausführungen auf Seite 95.

Diese Verfügungsbeschränkung enthält « mit der Vormerkung im Grundbuch Wirkung gegenüber allen später erworbenen Rechten [1] ». Darnach haben diese Verfügungsbeschränkungen, welche, wie Bundesrichter Dr. Lienhard [2] sagt, vorläufige Einträge in das Grundbuch sind, deren definitive Wirksamkeit bedingt ist durch die nachfolgende Rechtfertigung, keineswegs den Sinn, daß derjenige, dem die Verfügungsbeschränkung auferlegt ist, nun mit gebundenen Händen dastehe. Vielmehr kann der Vorerbe, bis das Recht des Nacherben auf die Grundstücke gerechtfertigt wird, also bis zum Zeitpunkt des Eintrittes der Nacherbfolge, über das Grundstück verfügen und dasselbe veräußern [3]; nur gehen mit dem Moment der Vormerkung alle später erworbenen Rechte demjenigen des Nacherben nach. Die Vormerkung will mit andern Worten dem daraus Berechtigten nur dann dinglichen Schutz gewähren, wenn sein momentan unsicheres oder nicht realisierbares Recht in ein definitives und realisierbares sich verwandelt. Der Dritterwerber wird also richtiger Eigentümer und Besitzer des Grundstückes, bis für den Nacherben die Bedingung nachträglicher Rechtfertigung seines Rechtes sich erfüllt, d. h. der Nacherbfall eintritt. Mit diesem Zeitpunkt fällt das Grundstück ipso-jure an den Nacherben, ohne daß der Dritte die Einrede, er hätte von der eingetragenen Verfügungsbeschränkung nichts gewußt, erheben könnte [4].

Wie man sieht, ist demnach die Wirksamkeit der vom

[1] Art. 999 am Schluß. Cf. Rümelin, l. c., S. 345. Wieland, l. c., S. 371 ff. Protokoll der Expertenkommission, 2. Bd., S. 576 ff.; 4. Bd., S. 419 ff.

[2] Zeitschrift für schweiz. Recht, 1896, Bd. 37, S. 477.

[3] Es ist wohl anzunehmen, daß auch der Nacherbe zu den Beteiligten des Art. 1007, Abs. 1 gehöre, so daß auch an ihn der Grundbuchverwalter von den Verfügungen und Anordnungen des Vorerben amtliche Anzeige zu machen hat.

[4] Art. 1008, Abs. 3.

Vorerben einem Dritten erteilten Auflassung in ein Nachlaßgrundstück unzweifelhaft bedingt oder befristet, je nachdem der Eintritt der Nacherbfolge an eine Bedingung oder an einen Termin geknüpft ist. Dem gegenüber bestimmt aber Art. 1261, Abs. 1 des Entwurfes zum Obligationenrecht: « Der Grundstückkauf kann weder bedingt noch unter Eigentumsvorbehalt abgeschlossen werden [1]. » Es scheint also zwischen Art. 1261, Abs. 1 des Entwurfes zum Obligationenrecht und Art. 999 des Entwurfes ein Widerspruch zu sein. Dieser dürfte wohl dahin zu lösen sein, daß Art. 2161, Abs. 1 nur gewillkürte Bedingungen der Kontrahenten im Auge hat, nicht also jene, welche vom Gesetz bestimmt sind. Im Falle der Vorerbe ein Grundstück, auf welchem eine im Grundbuch vorgemerkte Verfügungsbeschränkung ruht, veräußert, so hängt die bedingte oder befristete Wirksamkeit der Veräußerung nicht von dem Willen des Kontrahenten, sondern von der gesetzlichen Vorschrift des Art. 999, Ziff. 3 ab. Dies ist selbst dann der Fall, wenn bei Abschluß der Vertrages auf die Bedingtheit oder die Befristung des Rechtes ausdrücklich Bezug genommen wurde, weil diese Vereinbarung nur eine Wiederholung der Gesetzesvorschrift ist [2].

Zu den Verfügungen des Vorerben über Grundstücke gehören auch die Belastungen derselben. Soweit es ihm möglich ist, kann er während der Zeit der Vorerbschaft das Grundstück beliebig mit Hypotheken, Servituten und Grundlasten beschweren. Für diese Verfügungen gelten die gleichen Grundsätze, wie sie oben für Veräußerungen angegeben wurden. Man kommt also auch hier zu verschiedenen Resul-

[1] Auf diesen scheinbaren Widerspruch hat schon in der Expertenkommission Bundesrichter Lienhard aufmerksam gemacht. Cf. Protokoll der Expertenkommission, Bd. II, S. 570.

[2] Es ist selbstverständlich, daß die Bedingung, unter welcher der Vorerbe diesfalls an einen Dritten veräußert, nicht den gleichen Charakter hat, wie diejenige, unter der Vor- und Nacherbe überhaupt zu Erben berufen sind.

taten, je nachdem die Sicherstellung (Art. 494, Abs. 2) durch Vormerkung der Auslieferungsauflage im Grundbuch geleistet wird oder nicht.

Diese Belastungsbefugnis des Vorerben scheint beim ersten Anblick etwas gefährlich zu sein. In der Tat wurde denn auch in der Expertenkommission beantragt [1], für den Vorerben entweder das Grundbuch gänzlich zu sperren oder wenigstens zu Gunsten des Nacherben eine Sicherungshypothek vorzusehen. Allein es ist doch zu bedenken, daß dem Nacherben, mag die Sicherstellung geleistet werden wie sie will, regelmäßig ein Kontrollrecht zusteht, nebstdem aber das Recht gewährleistet ist, eventuell Erbschaftsverwaltung zu verlangen. (Art. 494, Abs. 3.) Speziell dann, wenn die Vormerkung der Verfügungsbeschränkung im Grundbuch eingetragen ist, ist für das Nacherbenrecht nichts zu befürchten, weil die Verfügungen des Vorerben mit Eintritt des Nacherbfalles dem Nacherben gegenüber unwirksam werden. Zudem besteht der große Vorteil auch hier darin, daß die Belastungen bei Bestand bleiben, sofern der Nacherbe wegfällt. Entspricht der Stellung des Vorerben, als des Herrn und Eigentümers der Erbschaft, ein Veräußerungsrecht, so entspricht ihr auch ein Belastungsrecht. Wäre er von jeder Disposition ausgeschlossen, was würde ihn vom bloßen Nutznießer noch unterscheiden, als die nuda proprietas an der Erbschaft? Wir geben gerne zu, daß auch durch die Vormerkung der Verfügungsbeschränkung im Grundbuch die Kreditfähigkeit des Vorerben leidet, aber dies ist zur Wahrung der Interessen des Nacherben unvermeidlich.

In einem Falle läßt sich das Interesse des Vor- und des Nacherben an einer ordnungsgemäßen Verwaltung wegen dieser ausnahmslosen Verfügungsbeschränkung doch nicht wahren, nämlich da, wo die Belastung des Grundstückes zur

[1] Cf. Protokoll der Expertenkommission, II. Bd., S. 571 (Votum Wieland).

Bezahlung dringender Schulden der Erbschaft, zur Vornahme größerer Reparaturen oder notwendiger baulicher Veränderungen etc., durchaus angezeigt wäre. Mag der Vorerbe auch bei Eintritt des Nacherbfalles Verwendungsersatz zu fordern haben, so ist es doch möglich, daß er selbst nicht die nötigen Mittel zur Verfügung hat und wenn er sie noch hätte, aus irgend einem Grunde vom Nacherben dereinst nichts zu fordern haben will. In solchen Fällen wäre es zweckdienlich, wenn der Vorerbe das Recht hätte, auch ohne Einwilligung des Nacherben mit dinglicher Wirkung jedermann gegenüber das Grundstück zu belasten. Die in Art. 999, Ziff. 3 enthaltenen Verfügungsbeschränkungen unterscheiden sich eben von den übrigen dadurch, daß sie möglicherweise das Vermögen auf sehr lange Zeit hinaus immobilisieren, während welchem Zeitraum doch eine ordnungsgemäße Bewirtschaftung statthaben sollte.

γ) *Verfügungen des Vorerben über zur Erbschaft gehörende grundpfandversicherte Forderungen.*

Die Vormerkung der Auslieferungsauflage im Grundbuch bezieht sich nur auf erbschaftliche Grundstücke oder auf Rechte an solchen. Es ist infolgedessen dem Vorerben gestattet, über die zur Erbschaft gehörenden grundpfandversicherten Forderungen mit grundbuchlicher Wirkung auch dem Nacherben gegenüber zu verfügen. Es kann daher auch die Sicherstellung dafür nicht durch Vormerkung der Anwartschaft des Nacherben im Grundbuch geleistet werden, sondern hat auf gleiche Weise wie bei Mobilien und gewöhnlichen Forderungen zu geschehen.

Was zunächst die Abtretung grundpfandversicherter Forderungen durch den Vorerben anbelangt, so gelten auch hier prinzipiell die allgemeinen Verfügungsgrundsätze. Sie bleibt also dem gutgläubigen Dritten gegenüber auf alle Fälle bei Bestand. Es ergibt sich dies für die Grundpfandver-

schreibung, was die Forderung anbelangt, aus den schon besprochenen Bedingungsgrundsätzen, aus Art. 1011 hingegen, was das Pfandrecht betrifft; für Schuldbrief und Gült aus Art. 852. Ist der Dritterwerber bösgläubig, so ist die Abtretung dem Nacherben gegenüber insoweit unwirksam, als sie sein Recht vereiteln oder beeinträchtigen würde. Bei der Grundpfandverschreibung muß der ins Grundbuch eingetragene Übertragungsakt [1] mit Eintritt des Nacherbfalles auch hier deswegen [2] gestrichen werden, weil das unterliegende Rechtsgeschäft nichtig ist [3]. Das gleiche gilt bei Schuldbrief und Gültforderungen, wenn ein Pfandtitel noch nicht ausgestellt oder wenn er kraftlos erklärt worden ist [4]. Ist hingegen ein Pfandtitel ausgestellt, so muß er zurückgegeben [5], und falls der Erwerber desselben seinen Namen im Grundbuch eintragen ließ [6], auch dieser Eintrag gestrichen werden. Bei Namenstiteln ist zudem nötig, daß die auf der Urkunde stehende Anmerkung der Übertragung, sowie der Name des Erwerbers [7] gelöscht werde [8].

Die gleichen Regeln, wie bei der Abtretung gelten im Grunde auch bei der Pfändung [9], einseitigen Ablösung [10] und Kündigung [11] solcher Forderungen. Auch diese Verfügungen sind dem gutgläubigen Dritten gegenüber wirksam und bei bösem Glauben des Dritten soweit unwirksam, als sie das

[1] Art. 821, Abs. 1.

[2] Vergl. unsere Ausführungen S. 118.

[3] Art. 1034 des Entw. z. O.-R.; Art. 1012, 1013.

[4] Art. 854, Abs. 2.

[5] Die Pflicht zur Rückgabe der Urkunde ist zwar im Entw. nicht ausdrücklich ausgesprochen, ergibt sich aber aus der Rückgabepflicht beweglicher Sachen überhaupt. Cf. Art. 975, Abs. 1.

[6] Art. 855, Abs. 3.

[7] Art. 855, Abs. 2.

[8] Art. 1012, 1013. Wieland, l. c., S. 351 ff.

[9] Art. 885, 886.

[10] Art. 815.

[11] Art. 817, 831, 836.

Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würden. Doch wird man hier zum Schutze des zahlenden Schuldners nicht immer schon dann bösen Glauben annehmen dürfen, wenn er von der Anwartschaft des Nacherben Kenntnis gehabt hat, denn soweit diese Verfügungen sich im Rahmen ordnungsgemäßer Wirtschaft halten, sind sie auch gegenüber dem Nacherben gültig und vollwirksam. Der bösgläubige Dritte muß auch hier mit Eintritt der Nacherbfolge dem Nacherben die verpfändete [1] oder zurückerhaltene [2] Urkunde herausgeben, den Eintrag im Grundbuch [3] löschen und einen eventuellen Vermerk [4] auf dem Titel streichen lassen [5]. Will der Schuldner, der von der Nacherbeneinsetzung Kenntnis hat und an der ordnungsgemäßen Verfügung des Vorerben zweifelt, sich von seiner Schuld ohne Risiko befreien, so kann er dem Vorerben die Zahlung verweigern und den Auslösungsbetrag gerichtlich deponieren [6]. Auf Grund einer solchen Zahlung hat er gleichwohl das Recht, Herausgabe des Titels [7] und eventuelle Löschung des Eintrages im Grundbuch [8] zu verlangen. Zahlt er aber trotzdem an den Vorerben, so tut er es auf seine Gefahr hin [9]. Er wird dem Nacherben gegenüber von seiner Schuld nicht befreit, doch bleibt ihm ein Rückforderungsrecht gegenüber dem Vorerben gemäß Art. 1077 des Entwurfes zum O.-R. gewahrt.

[1] Art. 885, 886.
[2] Art. 859.
[3] Art. 813.
[4] Art. 855, Abs. 2.
[5] Art. 1012, 1013.
[6] Art. 1113 des Entw. z. O.-R.; vergl. dazu auch Art. 1195, O.-R.
[7] Art. 859.
[8] Art. 813, 849.
[9] Art. 1195, Abs. 2, O.-R., der hier ohne Bedenken per analogiam herangezogen werden kann. Cf. Hafner, l. c., S. 81 und 36.

δ) *Verfügungen des Vorerben über die ganze Erbschaft* [1].

Schon mehr Bedenken als die Verfügungen des Vorerben über einzelne Gegenstände, erregen die Verfügungen desselben über die ganze Erbschaft. Doch sieht auch hier der Entwurf von speziellen Verfügungsbeschränkungen ab, so daß die allgemeinen Bestimmungen über Erbverträge auch für den Vorerben zur Anwendung gelangen.

Zunächst gibt Art. 630 dem Vorerben das Recht, schon vor dem Erbfall die noch nicht angefallene Erbschaft mit Zustimmung des Erblassers rechtsverbindlich zu veräußern. Geschieht dies aber ohne Zustimmung des Erblassers, so ist ein solcher Vertrag unverbindlich. Allein der Dritterwerber ist nicht als Erbe zu betrachten, sondern als Erbschaftskäufer[2], was zur Folge hat, daß der Vorerbe und nicht der Dritterwerber der Erbschaft dem Nacherben die Sicherstellung zu leisten hat und für allen Schaden haftet, der für diesen aus einer solchen Veräußerung entsteht. Würde der Vorerbe diesfalls nicht mehr als Erbe betrachtet, so hätte dies zur notwendigen Folge, daß der Nacherbe als Ersatzerbe gemäß Art. 496, Abs. 3 eintreten könnte.

Häufiger als diese Verfügungen über eine noch nicht angefallene, dürften diejenigen über eine dem Vorerben bereits angefallene Erbschaft sein. Ist der Vorerbe nicht Alleinsondern Miterbe, so kann er, solange die Erbschaft noch ungeteilt ist, zwar nicht eine ideelle Quote einer einzelnen Erbschaftssache[3], wohl aber seinen Erbanspruch am ganzen d. h. dasjenige, was ihm aus der Teilung zukommt, veräußern[4]. Allein, wenn der Dritterwerber nicht Miterbe ist,

[1] Für das deutsche Recht cf. Perrin, l. c., S. 34 ff. Herzfelder, l. c., S. 383.

[2] Cf. Stenogr. Bull., 1906, S. 380.

[3] Art. 610.

[4] Art. 629, Stenogr. Bull., 1906, S. 382 ff.

so hat er kein Recht auf Mitwirkung bei der Teilung. (Art.629, Abs. 2.) Dies ist für das Recht des Nacherben auf die Erbschaft nicht ohne Bedenken ; denn es ist leicht möglich, daß er durch irgend welche Machenschaften zwischen dem Vorerben und dem Erwerber seines Erbschaftsanteiles einerseits und den übrigen Erben anderseits zu Schaden kommen kann, wenn keine unparteiische Vertretung bei der Teilung vorhanden ist. Es ist ja allerdings richtig, daß die zuständige Behörde über das der Nacherbfolge unterliegende Vermögen gemäß Art. 494, Abs. 1 ein Inventar aufzunehmen hat ; allein die Aufnahme dieses Inventars hat sich auf dasjenige zu beschränken, was die teilenden Erben für den vom Vorerben veräußerten Anteil an der Erbschaft ausscheiden, ist daher zur Sicherung der Anwartschaft ungenügend. Ob der Vorerbe von der Sicherstellung gegenüber dem Nacherben vom Erblasser ganz oder zum Teil befreit wurde oder nicht, ist insofern ohne Bedeutung, als sich die Sicherstellung so wie so immer nur auf das von den übrigen Erben ausgeschiedene Vermögen beziehen müßte. Daß dem Nacherben und für diesen Fall auch dem Dritterwerber das Recht, sich bei der Teilung vertreten zu lassen nicht gewährt wird, erscheint auffallend, besonders im Hinblick auf Art. 608, wonach selbst den Gläubigern eines insolventen Miterben das Recht auf Vertretung durch die Behörde bei der Teilung gewährleistet ist [1].

Ist der Vorerbe Alleinerbe, so hat er zweifelsohne, wie jeder andere Erbe auch, das Recht die ganze Erbschaft zu veräußern. Es geht dies aus Art. 1211 des Entwurfes zum O.-R. hervor.

Zu diesen Verfügungen des Vorerben über die ganze

[1] Gottofrey (Sten. Bull. 1906, S. 385) erklärte zwar vom Dritterwerber: « il sera représenté dans le partage par l'autorité ». Diese Vertretung tritt aber offenbar nicht von Amts wegen ein, woran der Nacherbe, besonders wenn er abwesend oder noch nicht conzipiert ist, ein großes Interesse hätte.

Erbschaft gehören nicht bloß die Veräußerungen, sondern auch die Verpfändungen derselben. Es gilt dies für den Alleinerben wie für den Miterben, sei es vor oder nach der Teilung [1]. Die entsprechende Anwendung des Art. 132 des Betreibungs- und Konkursgesetzes wird aber dahin führen, daß ein solcher Gläubiger möglicherweise nicht auf dem Wege des Verkaufes der Erbschaft, sondern mit Hilfe besonderer, von der Aufsichtsbehörde zu erlassender Vorkehrungen, insbesondere durch Einsetzung eines Erbschaftsverwalters befriedigt wird. Immerhin müßte auch hier der Nacherbe, als indirekt Beteiligter, vor der Beschlußfassung durch die Aufsichtsbehörde angehört werden [2].

Alle Verfügungen des Vorerben über die ganze Erbschaft unterstehen den gleichen Regeln wie jede andere Verfügung des Vorerben. Sie sind dem Nacherben gegenüber unwirksam, soweit sie sein Recht vereiteln oder beeinträchtigen. Gefährlich für das Nacherbenrecht sind sie dann, wenn der Dritterwerber in gutem Glauben gewesen ist und der Vorerbe von der Sicherstellung befreit war. Ist die Veräußerung geschehen, bevor der Nacherbe es merkte, so kann er, falls der Vorerbe finanziell schlecht gestellt ist, unter Umständen leer ausgehen. Eine Erbschaftsverwaltung (Art. 494, Abs. 3) nützt selbstverständlich nichts mehr und ist auch nicht mehr angängig, da der Dritterwerber Eigentümer der Erbschaft geworden ist. Immerhin kann die Erbschaftsverwaltung. möglicherweise auf das Surrogat [3], d. h. auf den Erlös der Erbschaft verlangt werden ; das ist aber selbstverständlich nur möglich, sofern ein Surrogat vorhanden ist, was bei unentgeltlicher Veräußerung nicht der Fall wäre.

[1] Cf. Art. 104 und 132 des Betreibungs- und Konkursgesetzes. Nach ersterm Artikel muß das Betreibungsamt die Pfändung auch dem Nacherben mitteilen, da auch er ein beteiligter Dritter ist.

[2] Art. 132, Abs. 2, Betreibungs- und Konkursgesetz.

[3] Vergl. unsere Ausführungen auf Seite 147 ff.

b) Verfügungen des Vorerben von Todes wegen.

Die Verfügungen des Vorerben unter Lebenden sind insofern weniger gefährlich, als bei dem wichtigsten Falle derselben, beim Verkauf der Erbschaftsgegenstände, im Kaufpreis ein Surrogat in die Erbschaft zurückkommt. Dies ist aber bei den Verfügungen des Vorerben von Todes wegen, ausgenommen event. beim Erbvertrag, nicht mehr der Fall. Trotzdem hat es der Entwurf unterlassen, spezielle Beschränkungen derartiger Verfügungen aufzunehmen, offenbar von der Erwägung geleitet, daß der Nacherbe für den Regelfall an der geleisteten Sicherstellung genügenden Schutz finde [1].

Es ist demnach dem Vorerben gestattet, für die der Nacherbfolge unterliegende Erbschaft einen Erben zu berufen. Beruft er den Nacherben selber, so kommen wir zu verschiedenen Resultaten, je nachdem der Zeitpunkt der Auslieferung mit dem Tode des Vorerben zusammenfällt oder nicht.

Gilt als Zeitpunkt der Auslieferung der Tod des Vorerben (Art. 493, Abs. 1), so ist die Verfügung des Vorerben überflüssig. Sie mag der Behörde zwar nach Art. 557, Abs. 1 eingeliefert werden, allein der Nacherbe hat sich offenbar — trotz Art. 557, Abs. 3 — nichts darum zu kümmern, da für ihn die Verfügung des Erblassers und nur diese maßgebend sein kann. Er darf sich also direkt den tatsächlichen Besitz [2] der Erbschaft verschaffen, ohne daß bis zur Eröffnung

[1] Auch das in unserer Materie sonst ausführliche deutsche B. G. B. schweigt darüber. Jedoch hatte der erste Entwurf in Art. 1806 ein solches Verbot ausdrücklich aufgenommen; vergl. dazu Motive z. Entw. eines B. G. B., Bd. V. 1888, S. 84 ff. Perrin, l. c., S. 37 ff. Planck, l. c., Bem. 3 zu § 2112. Herzfelder, l. c., S. 383. Ein solches Verbot enthält auch das österreichische B. G. B., § 610 und das sächsische B. G. B., § 2504.

[2] Befände sich dagegen ein Dritter bereits im Besitz der Erbschaft, so hätte der Nacherbe mit der Erbschaftsklage gegen diesen vorzugehen. — Art. 597.

der Verfügung Erbschaftsverwaltung oder die gesetzlichen Erben des Vorerben einzutreten hätten. Es beginnen daher für ihn die Fristen zur Ausschlagung [1], Annahme unter öffentlichem Inventar [2] etc., nicht mit dem Zeitpunkte zu laufen, da ihm die amtliche Mitteilung von der Verfügung des Vorerben zugekommen ist, sondern mit dem Tode des Vorerben.

Fällt der Zeitpunkt der Auslieferung nicht mit dem Tode des Vorerben zusammen, so unterliegt die Einsetzung des Nacherben den gleichen Regeln wie die Einsetzung eines Dritten. Die Zulässigkeit einer solchen Erbeinsetzung ist in Art. 493, Abs. 2 sanktioniert. Darnach geht, wenn der Auslieferungszeitpunkt über den Tod des Vorerben hinausgeschoben ist, die Erbschaft gegen Sicherstellung auf die Erben des Vorerben über. Diese Erben des Vorerben sind dessen gesetzliche Erben, wenn er ab intestato stirbt. Erbe des Vorerben kann aber auch ein Testamentserbe sein [3]. Die Wirkung für den Nacherben bleibt dieselbe, da ja auch gegenüber einem Testamentserben Sicherstellung verlangt werden kann [4]. Weil auch ein Testamentserbe die Erbschaft nur erhalten kann, wie sie der Vorerbe selbst hatte, also belastet mit der Auslieferungsauflage, so unterliegt eine derartige Verfügung auch keinen Bedenken. Wäre sie nicht

[1] Art. 568, Abs. 2.

[2] Art. 578, Abs. 2.

[3] Cf. L. R. v. Salis, l. c., welcher zu Art. 443, Abs. 2 des Teilentwurfs von 1895 frägt: « Wer sind die Erben des Erblassers? Ich nehme an, sowohl die gesetzlichen als die erkorenen ».

[4] Es ist selbstverständlich, daß, wenn der Nacherbe diesfalls vom Vorerben eingesetzt ist, er keine Sicherstellung zu leisten hat; denn er ist und bleibt nun Erbe, gleichviel, ob er den Auslieferungszeitpunkt erlebe oder nicht. Anders wäre es, wenn der Vorerbe dem Nacherben nur die Nutznießung bis zum Auslieferungszeitpunkt vermacht hätte, im übrigen die Erbschaft an die gesetzlichen Erben des Vorerben fiele. Diese würden, falls der Nacherbe vor dem Auslieferungszeitpunkt sterben sollte, definitive Erben bleiben (Art. 496, Abs. 2).

gestattet, so käme man dazu, das eigene Vermögen des Vorerben, über das er testamentarisch verfügt und dasjenige, auf welchem eine Anwartschaft ruht, zu trennen und dieses den Intestat-, jenes den Testamentserben zuzuweisen. Tritt der Auslieferungszeitpunkt ein, so braucht der Nacherbe gegen den vom Vorerben eingesetzten Testamentserben nicht einmal mit der Erbschaftsklage, die ihm ohnehin wegen der kurzen Verjährungsfrist oft zu wenig Schutz bieten könnte, vorzugehen. Er kann sich einfach auf Art. 496, Abs. 1 berufen, wonach er mit Eintritt des Nacherbfalles direkt und von Gesetzes wegen Eigentümer der Erbschaft wird. Der vom Vorerben Bedachte verliert, auch wenn er gutgläubig ist, mit diesem Zeitpunkt das Eigentum an der ganzen Erbschaft, selbst an den Mobilien, weil diesfalls Universal- und nicht mehr Singularsuccession in Frage kommt. Die Situation des Nacherben ist daher eine durchaus abgeklärte. Als Eigentümer hat er gegenüber dem Dritten selbstverständlich ein besseres Recht und kann daher Herausgabe der Erbschaft nach den Besitzesregeln verlangen.

Verfügt der Vorerbe über einzelne Erbschaftsgegenstände durch Vermächtnisse, so hat der Dritte einen bloßen obligatorischen Anspruch an den Beschwerten auf Leistung des vermachten Gegenstandes. Ist der Nacherbe der Beschwerte, so hat er selbstverständlich keine Pflicht, den Anspruch des Dritten zu erfüllen. Aber auch dann, wenn der Beschwerte ein anderer ist, als der Nacherbe, so wird das Nacherbenrecht nicht sofort mit der Verfügung verletzt, sondern vorausgesetzt, der Auslieferungszeitpunkt sei eingetreten, erst mit dem Zeitpunkt, da der Beschwerte das Vermächtnis erfüllt, also dem Bedachten den Gegenstand überliefert, die Forderung cediert, etc. — Von diesem Moment an kann der Nacherbe gegen den Vermächtnisnehmer mit der Erbschaftsklage[1] vorgehen. Ist diese verjährt, so kommt dem Vermächtnis-

[1] Art. 597 ff.

nehmer im Zweifel wieder die bona fides zu statten, so daß ihm in der Großzahl der Fälle der vermachte Gegenstand verbleibt.

V. Entzug der Erbschaft auf dem Wege der Zwangsvollstreckung.

An die Verfügungen des Vorerben selbst über Erbschaftsgegenstände reihen sich diejenigen Eingriffe in vorerbschaftliches Gut, welche auf dem Wege der Zwangsvollstreckung vorgenommen werden müssen. Da die Nacherbschaftsmasse mit dem Privatvermögen des Vorerben ein einheitliches Ganzes bildet, sofern nicht von den Gläubigern des einen oder andern Vermögens Ausscheidung der beiden Massen verlangt wird [1], so sind notwendigerweise auch die Privatgläubiger des Vorerben mit denjenigen der Erbschaft auf gleiche Stufe gestellt. Daraus ergibt sich ohne weiteres, daß weder der Vorerbe sich dagegen wehren kann, wenn er für Erbschaftsschulden belangt wird, noch der Nacherbe ein Einspruchsrecht hat, wenn die Erbschaft für Schulden des Vorerben in Anspruch genommen wird. Den einzigen Schutz des Nacherben gegen Zugriffe der Privatgläubiger des Vorerben auf die Nacherbschaftmasse bildet die ihm vom Vorerben geleistete Sicherstellung, sowie das Recht auf Erbschaftsverwaltung [2]. (Art. 494, Abs. 2 und 3). Es kommen daher für alle Fälle der Zwangsvollstreckung in das der Nacherbfolge unterliegende Vermögen die ganz gleichen Maßnahmen zur Anwendung, wie wenn der Vorerbe definitiver Erbe bleiben würde. Dies gilt selbst für den Konkurs des Vorerben. Der Nacherbe hat hier weder ein Aussonderungsrecht, noch das Recht, eine Forderung im Umfange des Wertes der Gegenstände, auf die er ein Anwartschaftsrecht

[1] Art. 476, 592, cf. unsere Ausführungen S. 108.
[2] Cf. Erl. z. Vorentw. von 1900, S. 76.

hat, geltend zu machen ; denn das Nacherbenrecht ist zwar ein bedingtes Recht, aber kein bedingtes Forderungsrecht, so daß Art. 210 des Betreibungs- und Konkursgesetzes außer Betracht fällt [1]. Der Nacherbe ist nach dem Entwurf selbst dann nicht geschützt, wenn durch die Verfügungen des mit der Zwangsvollstreckung beauftragten Beamten sein Recht vereitelt oder beeinträchtigt wird [2] ; die Erläuterungen [3] erklären ausdrücklich : « Den Gläubigern des Erblassers gehen natürlich die Rechte des Nacherben nach. Den Gläubigern des Vorerben dagegen stehen diese insofern voran, als Kaution und Grundbuchvorbehalt den Nacherben sicherstellen. » Hat also der Nacherbe keine oder nicht genügende Sicherstellung, so ist sein Recht auf die Erbschaft auch den Gläubigern des Vorerben wehrlos preisgegeben.

Ist dem Nacherben bei Grundstücken Sicherstellung durch Vormerkung der Verfügungsbeschränkung im Grundbuch geleistet worden (Art. 494, Abs. 2), so ist ihm gegenüber auch der Entzug von Erbschaftsgrundstücken auf dem Wege der Zwangsvollstreckung mit Eintritt des Nacherbfalles unwirksam [4]. Allein diese Unwirksamkeit trifft nur diejenigen Verfügungen, welche sich nicht auf ein Pfandrecht stützen können, das vor dem Eintrag der Vormerkung im Grundbuch auf dem Grundstück bereits lastete ; denn die Verfügungsbeschränkung erhält mit der Vormerkung im Grundbuch

[1] Nicht ausgeschlossen ist hingegen die Eingabe einer ev. Schadenersatzforderung wegen Untergang oder Verschlechterung einer Erbschaftssache durch Verschulden des Vorerben (Art. 743, Abs. 1). Cf. Weber und Brüstlein, l. c., S. 288.

[2] Diesen dinglichen Schutz gewährt das deutsche B. G. B. dem Nacherben auch bei Zwangsvollstreckungshandlungen, was seinen Grund darin hat, daß der Nacherbe —, nicht wie nach dem Entwurf — regelmäßig von der Sicherstellung befreit ist. Cf. § 2115, deutsche Civilprozeßordnung, § 773 und Konkursordnung, § 128. Dazu Perrin, l. c., S. 27, 32.

[3] Erl. z. Vorentw. von 1900, S. 76.

[4] Art. 999 am Schlusse.

nur Wirkung gegenüber den später erworbenen Rechten. Wie steht es aber, wenn nach Eintrag der Vormerkung hinzugekommene Pfandgläubiger neben solchen, die vor dem Eintrag bereits ein Pfandrecht auf das vorgemerkte Grundstück besaßen, Verwertung verlangen? Offenbar wäre diesfalls der Dritterwerber des versteigerten Grundstückes an die vorgemerkte Verfügungsbeschränkung nicht mehr gebunden; denn die Verwertung geschah ja auch auf Verlangen eines oder mehrerer auf alle Fälle berechtigter Pfandgläubiger. Nach Art. 157 des Betreibungs- und Konkursgesetzes hat aber auch der später hinzugekommene Pfandgläubiger ein Recht auf den ihm zugewiesenen Pfanderlös. Allein es ist doch zu beachten, daß die Verwertung des Grundstückes, soweit sie zu Gunsten solcher Pfandgläubiger geschah, welche erst nach Eintrag der Verfügungsbeschränkung ein Pfandrecht erwarben, eine Verfügung ist, welche nach Art. 999, letzter Absatz, dem Nacherben gegenüber unwirksam ist. Da die Verfügungsbeschränkung ferner für jedermann aus dem Grundbuch ersichtlich ist [1], können sich diese eventuell berechtigten Pfandgläubiger dem Nacherben gegenüber auch nicht auf bona fides berufen. Folge davon ist, daß sie bis zum Eintritt des Nacherbfalles den ihnen zugewiesenen Pfanderlös zwar behalten können, ihn aber nachher — trotz seiner Qualität als bewegliche Sache — auf alle Fälle dem Nacherben herauszugeben haben [2].

[1] Art. 1008, Abs. 3.

[2] Das gleiche gilt, wenn die Verwertung des Grundstückes im Konkurse des Vorerben geschah und nach Befriedigung der trotz der vorgemerkten Verfügungsbeschränkung berechtigten Gläubiger ein ev. Überschuß an die Gläubiger der nachfolgenden Klasse fällt. Cf. Betreibungs- und Konkursgesetz, Art. 219, 220.

F.

Rechtliche Stellung

des Vor- und Nacherben nach Eintritt des Nacherbfalles.

1. Ipso-jure Wirkung des Nacherbfalles.

Mit dem Zeitpunkt des Eintrittes der Nacherbfolge hört der Vorerbe auf, Erbe zu sein und die Erbschaft fällt ipso-jure an den Nacherben[1]. In diesem Moment fällt das Verfügungsrecht des Vorerben dahin; ja, es hört selbst dann auf, wenn der Vorerbe von dem Eintritt des Nacherbfalles keine Kenntnis hat oder der Nacherbe aus irgend einem Grunde sich nicht einfindet. Es dauert nur insoweit fort, als es einem Geschäftsführer ohne Auftrag zustehen würde; denn von diesem Momente an hat der Vorerbe gegenüber dem Nacherben keine andere Stellung mehr, als diejenige eines

[1] Nach römischem Recht war dieser Zeitpunkt der dies veniens, welcher dem Fideikommissar nur einen oblig. Anspruch auf Herausgabe gewährte. Cf. Windscheid, l. c., § 670, S. 670. Dernburg, l. c. § 107. Deutsches B. G. B., § 2139, dazu Cosack, l. c., S. 766. Strohal, l. c., S. 191. Hachenburg, l. c., S. 61.

Geschäftsführers ohne Auftrag gegenüber dem Geschäftsherrn [1].

Dieser Nacherbfall unterscheidet sich jedoch von einem gewöhnlichen Erbfall dadurch, daß der Nacherbe nicht Erbe des Vorerben, sondern Erbe des Erblassers wird. Der Teilentwurf von 1895 hatte dies in Art. 446, Abs. 2 noch ausdrücklich ausgesprochen. Der Vorentwurf von 1900 (Art. 511, Abs. 1) sowie der bundesrätliche Entwurf [2], begnügen sich, zu sagen: « Der Nacherbe erwirbt die Erbschaft des Erblassers, wenn er den für die Auslieferung aufgestellten Zeitpunkt erlebt hat ». Es geht aber aus der Ausdrucksweise: « Der Nacherbe erwirbt die Erbschaft des Erblassers » zur Genüge hervor, daß er Erbe des Erblassers und nicht des Vorerben wird. Die Rechtsnachfolge des Nacherben in das Vermögen des Erblassers ist demnach wie diejenige des Vorerben eine Gesamtsrechtsnachfolge [3] (Universalsuccession) und vollzieht sich unter direkter Ableitung des Nacherbenrechtes vom Erblasser [4]. Wegen dieses ipso-jure Erwerbes der Erbschaft durch den Nacherben gehen das Eigentum, die Forderungen, die beschränkten dinglichen Rechte ohne weiteres auf den Nacherben über und die Erbschaftsschulden werden zu dessen persönlichen Schulden. (Art. 561.) Folge davon ist, daß der Nacherbe in alle schwebenden Rechts-

[1] Art. 1520 ff. des Entw. z. O.-R. Das deutsche B. G. B. gibt dem Vorerben auch nach Eintritt des Nacherbfalles das Verfügungsrecht im gleichen Umfange wie vorher, bis er von dem Eintritt Kenntnis erlangt hat oder ihn kennen muß. Doch kann sich ein Dritter auf diese Berechtigung nicht berufen, wenn er bei Vornahme eines Rechtsgeschäftes den Eintritt kennt oder kennen muß (§ 2140).

[2] Art. 496, Abs. 1.

[3] Cf. Herzfelder, l. c., Anm. 1 zu § 2100, S. 367. Erl. zum Vorentw. von 1900, S. 76.

[4] Hellwig: Wesen und subj. Begriff der Rechtskraft, Leipzig, 1901, S. 233 betrachtet den Nacherben als Erben des Vorerben, wird jedoch von Ahlbrecht: « Die Stellung des Vorerben insbes. im Prozeß », Halle, 1902, S. 26 widerlegt.

verhältnisse, die sich auf die Erbschaft beziehen, auf gleiche Weise eintritt, wie der Vorerbe in diejenigen des Erblassers eintrat [1]. Sind noch Prozesse anhängig, die der Vorerbe in Folge seiner Verfügungsmacht in Bezug auf Erbschaftsgegenstände begonnen hat, so müssen sie, mangels anderweitiger Bestimmung, notwendig von neuem gegen den Nacherben begonnen werden; denn der Dritte hat dem Vorerben gegenüber mit Eintritt des Nacherbfalles die Einrede mangelnder Legitimation [2]. Sollte hingegen der Prozeß dennoch ohne Rücksicht auf den Nacherbfall weiter geführt werden, so kann das Urteil, da die Dispositionsmacht des Vorerben aufgehört hat, unmöglich gegen den Nacherben wirken. Zwangsvollstreckungshandlungen in das Erbschaftsvermögen für Schulden der Erbschaft können wohl nur in den Fällen des Art. 59, Abs. 2 und 3 des Betreibungs- und Konkursgesetzes gegen den Nacherben fortgesetzt werden [3]. Werden sie hingegen vorgenommen für Schulden des Vorerben, so hat der Nacherbe bei Pfändungen die Widerspruchsklage gemäß Art. 106 des Betreibungs- und Konkursgesetzes. Tritt der Nacherbfall während des Konkurses des Vorerben ein, so hat der Nacherbe das Recht, von der Konkursverwaltung die Herausgabe der Erbschaft zu verlangen. Wird sein Eigentumsanspruch abgewiesen, so hat er innert zehn Tagen Klage zu erheben, ansonst sein Anspruch als verwirkt gilt [4].

Trotz des ipso-jure Anfalls der Erbschaft an den Nacherben bietet der Übergang des Besitzes doch einige Schwierigkeiten. Nach Art. 561 geht allerdings auch der Besitz ipso-

[1] Vergl. aber S. 99 ff.

[2] Cf. Ahlbrecht, l. c., S. 42 ff. Hachenburg, l. c., S. 63.

[3] Ob gemäß Art. 59, Abs. 1 des Betreibungs- und Konkursgesetzes auch Rechtsstillstand eintritt? Zieht man in Betracht, daß der Nacherbe Erbe des Erblassers wird, so ist dies zu verneinen, selbst dann, wenn der Nacherbfall mit dem Tode des Vorerben sich vollzieht.

[4] Art. 242 Betr.- u. Konkursg.; vergl. auch Art. 225 Betr.- und Konkursgesetz.

jure auf den Erben über, allein dem gegenüber steht Art. 957, Abs. 1, wonach derjenige Besitzer ist, der die tatsächliche Gewalt über eine Sache hat. Die tatsächliche Gewalt über die Erbschaft steht aber offenbar bis zur Auslieferung noch dem Vorerben zu, nur ist sein Besitz nicht mehr ein selbständiger [1], wie früher, da er nun nicht mehr als Eigentümer besitzt. Nach Art. 960 wird der Besitz übertragen, einerseits durch Übergabe der Sache selbst, sowie dadurch, daß dem Empfänger die Mittel übergeben werden, die ihm die Gewalt über die Sache verschaffen, anderseits dadurch, daß der Empfänger mit Willen des bisherigen Besitzers in die Lage versetzt wird, die Gewalt über die Sache auszuüben. Angewendet auf den Vorerben ergibt sich hieraus unzweideutig, daß der Vorerbe Besitzer bleibt bis zur Herausgabe an den Nacherben. Ja, selbst dann, wenn der Nacherbfall mit dem Tode des Vorerben eintritt (Art. 493, Abs. 1), geht — trotz Art. 561, Abs. 2 — der Besitz nicht sofort auf den Nacherben über. Wenn Art. 561, Abs. 2 erklärt, daß mit dem Tode des Erblassers der Besitz ohne weiteres auf dessen Erben übergehe, so ergibt sich vielmehr daraus, daß auch der Vorerbe den Besitz vererbt, also auf seine Erben überträgt [2].

2. Annahme und Ausschlagung der Erbschaft durch den Nacherben.

Wenn der Nacherbe, abgesehen von der Ausnahme beim Besitz, nach dem Entwurf grundsätzlich die Stellung eines Erben des Erblassers hat, so würde daraus an sich folgen,

[1] Art. 958.

[2] Cf. Strohal: « Der Sachbesitz nach dem B. G. B. für das deutsche Reich », Jena, 1897, S. 104-105. Er meint, der Besitz gehe vom Vorerben auf den Nacherben nur über, sofern ersterer nicht den Besitz selbständig ergriffen habe. Gegen ihn: Binder: « Die Rechtsstellung des Erben nach dem deutschen bürgerl. Gesetzbuch », Leipzig, 1901, I. Teil, S. 60.

daß sowohl für den Vor- als für den Nacherben die Frist zur Annahme und Ausschlagung der Erbschaft mit dem Tode des Erblassers zu laufen begänne. Allein, eine solche Folgerung läßt der Entwurf weder für die Annahme, noch für die Ausschlagung der Erbschaft durch den Nacherben deutlich zu ; denn er verlangt einmal für die Ausschlagung in Art. 567 eine zugefallene Erbschaft, was ohne weiteres auch für die Annahme gelten dürfte [1], weil Annahme und Ausschlagung diesbezüglich nur insofern nicht gleichgehalten sind, als für erstere eine gesetzliche Vermutung spricht, während die Ausschlagung erklärt werden muß. Eine Annahmeerklärung mit erbrechtlicher Wirkung kennt der Entwurf weder für eine angefallene, noch für eine nicht angefallene Erbschaft. Da dem Nacherben vor Eintritt des Nacherbfalles die Erbschaft noch keineswegs zugefallen ist, sondern für ihn nur ein suspensiv bedingtes Recht auf die Erbschaft besteht, so bestätigt sich, daß ihm vor Eintritt des Nacherbfalles weder eine Annahmeerklärung mit erbrechtlicher Wirkung gegeben ist [2], noch daß die gesetzliche Vermutung der Annahme der Erbschaft für ihn vor dem Auslieferungszeitpunkte einsetzt. Obwohl die Anwartschaft des Nacherben bedeutend mehr Rechte gibt und viel sicherer ist, als diejenige eines sonstigen Erben, so stellt der Entwurf diesbezüglich doch beide auf die gleiche Stufe.

Schwieriger ist die Frage bei der Ausschlagung. Art. 567, Abs. 1 bestimmt allerdings, daß zur Ausschlagung eine zugefallene Erbschaft erfordert sei. Allein diesem Artikel gegenüber steht Art. 568, Abs. 2, welcher bestimmt, daß die Frist zur Ausschlagung für die eingesetzten Erben mit dem Zeitpunkt zu laufen beginne, da ihnen die amtliche Mitteilung

[1] Abgesehen von der Annahme bei einer überschuldeten Erbschaft. Art. 567, Abs. 2.

[2] Für das deutsche Recht sehr bestritten. Cf. Herzfelder, l. c., S. 407. Planck, l. c., Erl. 3 zu § 2142. Strohal, l. c. S. 191, Anm. 3. Binder, l. c. I., S. 106.

von der Verfügung des Erblassers zugekommen sei. Es ist nun aber zweifellos, daß die amtliche Mitteilung von der Verfügung des Erblassers nach Art. 559 zu gleicher Zeit, wie dem Vorerben auch dem Nacherben gemacht werden muß, da auch ihn die Verfügung angeht. Folge hieraus wäre, daß für die meisten Fälle der Nacherbe vor Eintritt des Nacherbfalles ausschlagen könnte [1].

Dieser scheinbare Widerspruch, der sich für die Ausschlagung des Nacherben aus Art. 567, Abs. 1 gegenüber Art. 568, Abs. 2 ergibt, dürfte aber doch in dem Sinne zu entscheiden sein, daß vor Eintritt des Nacherbfalles dem Nacherben eine Ausschlagemöglichkeit nicht gegeben sei; denn Art. 567, Abs. 1 stellt als allgemeines Requisit, als Voraussetzung einer jeden Ausschlagung überhaupt auf, daß die Erbschaft dem Ausschlagenden zugefallen sei. Gegenüber Art. 567 stellt Art. 568 nur eine nähere Ausgestaltung des Prinzips dar, die keineswegs, auch dem Nacherben gegenüber nicht, eine Ausnahmebestimmung schaffen will. Zudem ist hervorzuheben, daß dem Nacherben eine amtliche Mitteilung [2] oft jahrelang nicht zukommen könnte, weil er rechtsfähig noch gar nicht existiert. Daß mit einer öffentlichen Auskündung (Art. 559, Abs. 2) in diesem Falle nichts getan wäre, ist selbstverständlich. Will also der Nacherbe zu Gunsten der Vorerben auf sein Anwartschaftsrecht vor Eintritt des Nacherbfalles verzichten, so ist er gezwungen, mit dem Vorerben einen Vertrag über eine noch nicht angefallene Erbschaft abzuschließen. Da aber ein solcher Vertrag hier immer ohne Zustimmung der Erblassers abgeschlossen werden muß, weil der Erblasser schon gestorben ist, so ist er sowohl für den Vor- als den Nacherben unverbindlich.

[1] Nach deutschem B. G. B. kann der Nacherbe die Erbschaft ausschlagen, sobald der Erbfall eingetreten ist. Cf. § 2142 Herzfelder, l. c., S. 407.

[2] Cf. Art. 559.

Dem Nacherben steht also, trotz dem Vertrag mit dem Vorerben, das Recht zu, mit Eintritt des Nacherbfalles die Erbschaft anzunehmen, sich in Besitz und Nutzung derselben zu versetzen und somit den Vorerben daraus zu vertreiben. (Art. 630.) Hier zeigt sich wieder deutlich, daß ein großer Unterschied zwischen der Anwartschaft des Nacherben und derjenigen eines gewöhnlichen Erben ist, und daß eine verschiedene Behandlung derselben bezüglich Annahme und Ausschlagung der Erbschaft gewichtige Gründe [1] für sich hätte [2].

Da der Nacherbe demnach die Erbschaft nicht ausschlagen resp. annehmen kann, bevor sie ihm zugefallen ist, so kommen für ihn die allgemeinen Regeln über Ausschlagung und Annahme der Erbschaft (Art. 567 ff.) zur Anwendung. Schlägt er selbst nicht aus, stirbt er aber vor Ablauf der Ausschlagefrist [3], so geht die Befugnis zur Ausschlagung auf seine Erben über [4]. Für diese beginnt die Frist zur Ausschlagung mit dem Zeitpunkt der Kenntnisnahme von dem Anfall der Erbschaft an den Nacherben und endigt frühestens mit dem Ablauf der Frist, welche dem Nacherben selbst für die Ausschlagung der Erbschaft gegeben war [5]. Schlägt der Nacherbe selbst, oder — im Falle des Art. 569, Abs. 1 — dessen Erben aus, so gelangt die Erbschaft, wenn kein anderer Wille des Erblassers nachgewiesen werden kann, an die nächsten gesetzlichen Erben

[1] Es ist wohl kaum gerechtfertigt, wenn der Vorerbe in seiner Stellung als Vorerbe verbleiben muß, wenigstens mit Sicherheit nicht definitiver Erbe werden kann, bis durch Vertrag nach dem Nacherbfall ihm vom Nacherben die Erbschaft überlassen wird. Cf. Art. 629, 1211 des Entw. z. O.-R., S. 76, sowie unsere Ausführungen auf Seite 86 ff.

[2] Cf. deutsches B. G. B., § 2306 und 2142. Dazu Herzfelder l. c., S. 407 und 641 ff. Motive z. deutschen B. G. B., S. 121, 122.

[3] Art. 568.

[4] Art. 569, Abs. 1.

[5] Art. 569, Abs. 2.

des Erblassers [1]. Man könnte sich nun allerdings fragen, ob bei der Nacherbeneinsetzung nicht immer, mangels anderer Verfügung des Erblassers, die Vermutung zu Gunsten des Vorerben resp. dessen Erben Platz greife. Wollten wir die Analogie zum Vermächtnis annehmen, so würde die Ausschlagung des Nacherben dem mit der Auslieferungsauflage Beschwerten, also dem Vorerben, zugute kommen [2]. Dies würde dem bisherigen Rechte entsprechen [3]. Scheinbar zu Gunsten des Vorerben spricht auch Art. 496, Abs. 2, wonach dem Vorerben die Erbschaft verbleibt, wenn der Nacherbe den Auslieferungszeitpunkt nicht erlebt. Allein dieses Nichterleben des Auslieferungszeitpunktes hat eigentlich mit der Ausschlagung nichts zu tun, da der Nacherbe, sobald ihm das Recht auf Ausschlagung gegeben ist, notwendig auch den Auslieferungszeitpunkt erlebt haben muß. Aus dem gleichen Grunde fällt auch Art. 493, Abs. 3 außer Frage. Wie sehr man auch, dem Willen des Erblassers zulieb, geneigt wäre, die Ausschlagung des Nacherben zu Gunsten des Vorerben wirken zu lassen, so steht doch einer solchen Annahme Art. 572, Abs. 2 entgegen, der die Vermutung zu Gunsten der gesetzlichen Erben des Erblassers aufstellt. Diese Vermutung zu Ungunsten des Vorerben kann als Gegenstück zur Vermutung der Unvererblichkeit des Anwartschaftsrechts des Nacherben vor dem Zeitpunkt der Auslieferung betrachtet werden [4]. Während also der Vorerbe vor dem Auslieferungszeitpunkt für alle Fälle voll und ganz Erbe sein und bleiben soll, wenn der Nacherbe den für seinen Erwerb der Nacherbschaft gesteckten Zeitpunkt nicht erlebt, so soll er auch

[1] Art. 572, Abs. 2. Die Ausschlagefrist für diese bestimmt sich nach Art. 569, Abs. 3.

[2] Cf. Art. 575.

[3] Für das röm. Recht cf. Mielke, l. c., S. 49. Springguth, l. c., S. 43 ff. für das deutsche Recht (§ 2142). Herzfelder, l. c., S. 407. Planck, l. c., Anm. 3 zu § 2142.

[4] Cf. Art. 496, Abs. 2.

seine Rechte im vollen Umfang verlieren, sei es an den Nacherben resp. dessen Erben oder an die gesetzlichen Erben des Erblassers, wenn der Nacherbe in diesem Zeitpunkte noch am Leben ist [1].

Anstatt die Erbschaft auszuschlagen, hat der Nacherbe wie jeder andere Erbe das Recht, ein öffentliches Inventar zu verlangen, oder dieselbe amtlich liquidieren zu lassen [2]. Dieses Recht steht ihm selbst dann zu, wenn bereits der Vorerbe ein solches Begehren gestellt hätte; denn jeder Erbe, der die Befugnis hat, die Erbschaft auszuschlagen, ist berechtigt, ein öffentliches Inventar zu verlangen. (Art. 578, Abs. 1.) Auf gleiche Weise ist jeder Erbe befugt die amtliche Liquidation zu begehren. (Art. 591, Abs. 1.) Hat der Vorerbe durch öffentliches Inventar oder amtliche Liquidation seine Haftung beschränkt oder ganz ausgeschlossen [3], so kommt dies auch dem Nacherben zu statten. Wenn dies im Entwurf auch nicht ausdrücklich ausgesprochen ist, so scheint es doch selbstverständlich zu sein; denn eine derartige Haftungsbeschränkung hat dauernden Charakter, gleichviel, wer später einmal die Erbschaft erhalte [4]. Die Kosten der Inventaraufnahme kann der Vorerbe aus der Erbschaft, auch mit

[1] Bei Erbunwürdigkeit des Nacherben wird es so gehalten, « wie wenn die unwürdige Person vor dem Erblasser gestorben wäre » (Art. 542, Abs. 2). Dies ist aber für den Nacherben gleichbedeutend, wie wenn er gar nicht eingesetzt gewesen wäre oder wenigstens doch, wie wenn er den Auslieferungszeitpunkt nicht erlebt hätte. Die Erbschaft geht also diesfalls — trotz Art. 542, Abs. 2 — nicht auf die Erben des Unwürdigen über, sondern verbleibt nach Art. 496, Abs. 2 im Zweifel dem Vorerben.

[2] Art. 578, 591.

[3] Art. 587, 588, 591, Abs. 3. Dazu unsere Ausführungen S. 86, 87, 88.

[4] Das deutsche B. G. B., § 2144, Abs. 2 erklärt trotzdem noch ausdrücklich: « Das von dem Vorerben errichtete Inventar kommt auch dem Nacherben zu statten »; vergl. auch Art. 578, Abs. 3.

Wirkung dem Nacherben gegenüber, bestreiten. Sollten dieselben aber von der Erbschaft nicht gedeckt werden können, so würde er persönlich dafür haften. (Art. 582, Abs. 2.)

3. Herausgabe der Erbschaft.

Wenn auch mit dem Nacherbfall die Rechtsänderung ipso-jure sich vollzieht, so ist doch die tatsächliche Herausgabe der Erbschaft von größter Bedeutung; denn erst dadurch wird das Recht des Nacherben realisiert. Dieses Recht des Nacherben geht nach den Erläuterungen « auf den Kapitalbetrag der Erbschaft, die einem Nießbrauchsvermögen entsprechend ihm so ausgeliefert werden soll, wie sie der Vorerbe seinerzeit erhalten hat [1] ». Daraus ergibt sich, daß die Erbschaft so zurückgegeben werden muß, wie sie nach fortgesetzter ordnungsgemäßer Verwaltung noch vorhanden ist, und daß die Rückgabe « entsprechend einem Nießbrauchsvermögen » in specie zu erfolgen hat [2]. Wenn hier von Kapitalbetrag der Erbschaft geredet wird, so will dies keineswegs etwa bedeuten, daß die Herausgabepflicht des Vorerben bloß auf den Wert der zu Beginn der Vorerbschaft inventarisierten Erbschaftsgegenstände gehe, sondern besagt nur, daß der Anspruch des Nacherben sich nicht auch auf die vom Vorerben aus der Erbschaft gezogenen Nutzungen erstrecke. Diese verbleiben mit dem Eintritt der Nacherbfolge dem Vorerben [3]. In der Expertenkommission wurde allerdings Anlauf gemacht, die Speciesherausgabe des Vorerben zu beseitigen und dem Nacherben einen bloßen Anspruch auf die Schatzungssumme zu gewähren [4]. Zu dem

[1] Cf. Erl. z. Vorentwurf von 1900, S. 76-77, Art. 495, Abs. 2.
[2] Cf. Art. 742.
[3] Erl. z. Vorentw. v. 1900, S. 76.
[4] Prot. d. Expertenkommission, II. Bd., S. 570 (Votem Bühlmann und Lienhard).

Zwecke verlangte man, daß das zu Beginn der Vorerbschaft aufzunehmende Inventar durch ein Inventar taxationis causa ersetzt werde[1]. Man wies zur Begründung des Antrages besonders auf den Fall hin, da ein Grundstück infolge veränderter Bauverhältnisse im Werte erheblich gestiegen sei. Richtigerweise müsse hier die Wertsteigerung dem Vorerben zu gute kommen. Auch die Verkehrssicherheit erfordere bloße Haftung für die Schatzungssumme, da bedingte Eigentumsübertragungen in modernen Grundbuchordnungen ausgeschlossen seien. Dieser Antrag wurde abgelehnt, weil dadurch die Wirkung der Substitution sehr abgeschwächt würde und nicht bloß die Wertvermehrung, sondern auch die Wertverminderung den Fiduziar treffen müßte[2].

Wenn demnach der Vorerbe die Pflicht hat, die Erbschaft in specie auszuliefern, so hat der Nacherbe auch das Recht, das Schicksal eines jeden einzelnen Gegenstandes während der Vorerbschaft zu verfolgen, und Unwirksamkeit einer jeden Verfügung des Vorerben geltend zu machen, durch welche sein — des Nacherben — Recht vereitelt oder beeinträchtigt wurde[3]. Es ist also gleichgültig, ob das ökonomische Gesamtresultat ein für den Nacherben günstiges sei oder nicht und ob der Wert eines veräußerten Gegenstandes sich in der Erbschaft anderweitig vorfinde oder nicht[4]. Der Nacherbe kann die Unwirksamkeit der Verfügungen dem Dritten gegenüber dennoch geltend machen und seinen Anspruch, sei es mit der Eigentumsklage, sei es gegebenen Falles mit der Erbschaftsklage[5] durchsetzen[6].

Diese beiden Klagen stehen ihm selbstverständlich auch

[1] So ist es im Bernersystem cf. S. 78-79.

[2] Protokoll, l. c., S. 570 (Voten Schneider und Huber).

[3] Über den Schutz gutgläubiger Dritter, cf. S. 101 ff.

[4] Cf. Hachenburg, l. c., S. 36.

[5] Cf. Art. 527 ff.

[6] Cf. Thiesing im Archiv f. d. civil. Praxis, Bd. 94 (1903), S. 234 ff. Springguth, l. c., S. 49.

gegenüber dem Vorerben zu, falls dieser sich weigert, seiner Auslieferungspflicht nachzukommen. Begründet ist jedoch die Verweigerung der Auslieferung dann, wenn der Nacherbe dem Vorerben noch Verwendungsersatz zu leisten hat [1]. Da einem Nießbrauchvermögen entsprechend auszuliefern ist, hat der Vorerbe die gleichen Rechte auf Verwendungsersatz, wie ein Nießbraucher. (Art. 744.) Darnach ist der Nacherbe verpflichtet, dem Vorerben « alle Verwendungen, die notwendig oder nützlich und den Verhältnissen angemessen waren, samt Zinsen zu ersetzen und ihn in demselben Masse von den übernommenen Verbindlichkeiten zu befreien, sowie für andern Schaden ihm nach Ermessen des Richters Ersatz zu leisten [2]. » Die Befreiung von den übernommenen Verbindlichkeiten vollzieht sich aber beim Vorerben nicht wie beim Nutznießer oder beim Geschäftsführer ohne Auftrag etwa durch Schuldübernahmevertrag [3], sondern geschieht ipso-jure, so daß bei den zur Zeit des Nacherbfalles noch nicht erfüllten Leistungen aus Verträgen der Nacherbe ohne weiteres Schuldner wird [4]. Hingegen ist der Nacherbe selbstverständlich an solche Verbindlichkeiten, die aus ordnungswidrigen Verfügungen des Vorerben herstammen, welche das Nacherbenrecht vereiteln oder beeinträchtigen, nicht gebunden. Allein, wenn der Vorerbe mit gehöriger Sorgfalt handelte, gehen auf den Nacherben die Verbindlichkeiten und Ersatzpflichten selbst dann über, wenn der beabsichtigte Erfolg nicht eingetreten ist [5]. Vorrichtungen, die der Vorerbe erstellt hat, kann er, wenn ihm der Nacherbe dafür keinen Ersatz leisten

[1] Dieses Verweigerungsrecht steht dem Vorerben so gut zu wie dem gutgläubigen Besitzer (Art. 977, Abs. 1).

[2] Cf. Art. 1523, O.-R. Dazu Art. 744, Abs. 1.

[3] Cf. O.-R., Art. 1204 ff.

[4] Wie er umgekehrt auch die Gläubigerrechte ohne weiteres in Anspruch nehmen kann.

[5] Art. 1523, Abs. 2 d. Entw. z. O.-R.

will, unter der Verpflichtung, den vorigen Zustand wieder herzustellen, wegnehmen [1].

Mit diesen Ersatzansprüchen des Vorerben kann der Nacherbe die ihm gegen den Vorerben zustehenden Ersatzforderungen kompensieren [2], resp. sich dafür aus der geleisteten Sicherstellung bezahlt machen. Zu diesen Ersatzforderungen des Nacherben gehört vor allem die Forderung, die für ihn aus dem Untergang und dem Minderwert einer Erbschaftssache entsteht, sofern der Vorerbe nicht nachzuweisen vermag, daß dieser Schaden ohne sein Verschulden eingetreten sei [3]. Nicht zu ersetzen hat hingegen der Vorerbe den Minderwert der Gegenstände, der durch den ordnungsgemäßen Gebrauch der Sache eingetreten ist [4]. Ersatzansprüche erwachsen dem Nacherben auch für den Schaden, den er durch ordnungswidrige Verfügungen des Vorerben gegenüber gutgläubigen Dritten erleidet, sowie für die Nichtbezahlung von Steuern, Abgaben und Kapitalzinsen, die pro rata der Zeit dem Vorerben auferlegt waren [5].

Sind die Ersatzansprüche des Vorerben erledigt, so muß dieser die Erbschaft ausliefern. (Art. 495, Abs. 2.) Bei dieser Auslieferung der Erbschaft drängt sich vor allem die Frage auf, was denn zur Erbschaft gehöre. Hierauf gibt uns der Entwurf keine bestimmte Antwort; er spricht in Art. 492, Abs. 1 einfach davon, daß die « Erbschaft » auszuliefern sei. Zur Erbschaft gehören aber sicher vor allem diejenigen Gegenstände, welche zu Beginn der Vorerbschaft dazu gehörten, damals im Inventar aufgenommen wurden (Art. 494, Abs. 1) und jetzt — bei Eintritt der Nacherbfolge — noch in specie vorhanden sind. Die inzwischen gezogenen Erträg-

[1] Art. 744, Abs. 2. Bezüglich der Verjährung der Ersatzansprüche cf. Art. 745.

[2] Cf. Art. 1145 d. Entw. z. O.-R.

[3] Art. 743, Abs. 1.

[4] Art. 743, Abs. 3.

[5] Cf. unsere Ausführungen S. 105 ff., Art. 756, 757.

nisse und Nutzungen verbleiben dem Vorerben und es darf wohl angenommen werden, daß der Erblasser selbst durch ausdrückliche Verfügung diesen nicht zwingen kann, dieselben als Vorerbe herauszugeben; denn das Nutzungsrecht ist eines der wesentlichsten Rechte des Vorerben, so daß ohne dasselbe eine Vorerbschaft sich nicht wohl denken läßt. Nicht ausgeschlossen ist hingegen, daß dem Vorerben durch Vermächtnis die Pflicht auferlegt werde, die Nutzungen, sei es dem Nacherben oder einem Dritten, herauszugeben [1].

Zur « Erbschaft » darf ferner ohne Bedenken gezählt werden, was der Vorerbe aus Erbschaftsgeld anschafft und was er für Erbschaftsgegenstände einnimmt [2]. Es ist hier vor allem an dasjenige zu denken, was durch Umsatzgeschäfte des Vorerben, also durch Kauf, Tausch etc. an Stelle eines aus der Erbschaft tretenden Gegenstandes oder Rechtes zurückkommt. Maßgebend ist also hier in erster Linie, daß der Erwerb mit Mitteln der Erbschaft gemacht wurde. Dem gegenüber stellt sich aber doch die Frage, ob nicht auch Gegenstände, die der Vorerbe nicht mit Mitteln der Erbschaft, rechtsgeschäftlich erworben habe, in die Erbschaft fallen können. Es scheint nämlich das Kriterium, ob der Erwerb mit Mitteln aus der Erbschaft gemacht worden sei oder nicht, vor allem da zu versagen, wo der Erwerb ohne irgendwelche Zuhilfenahme eines Vermögens gemacht wurde [3]. Zudem dürfte es überhaupt vielfach schwer zu entscheiden sein, ob der Vorerbe mit Mitteln der Erbschaft oder aus seinem eigenen Vermögen einen Erwerb gemacht habe; denn beide Vermögen bilden ja während der Zeit der Vorerbschaft ein Vermögensganzes. Man ist deshalb gezwungen, nach einem

[1] Cf. Art. 488, Abs. 2.

[2] Ebenso Rümelin, l. c., S. 103, der mit Recht bemerkt, daß man dies nur « mit Not » aus dem Worte « Erbschaft » entnehmen könne. Cf. deutsches B. G. B., § 2111.

[3] Z. B. Schenkung, Wette, etc.

mehr subjektiven Kriterium zu suchen. Dieses dürfte auch für den Entwurf am besten darin zu finden sein, ob sich das den Erwerb herbeiführende Rechtsgeschäft auf das eine oder das andere Vermögen beziehe[1]. Will man dieses mehr subjektive Kriterium gelten lassen, so kommt man dazu, auch das vom Vorerben aus eigenen Mitteln zur Bewirtschaftung eines vorerbschaftlichen Grundstückes gekaufte Inventar zur Erbschaft zu zählen, es also als « Verwendung » auf das Grundstück aufzufassen, wofür bei Rückleistung der Erbschaft Ersatz verlangt werden kann[2]. Nach dem gleichen Kriterium läßt sich dann auch entscheiden, ob eine auf einem Erbschaftsgrundstück haftende Hypothek, die der Vorerbe aus eigenen Mitteln eingelöst hat, als Eigentümerhypothek zur Erbschaft zu rechnen sei oder dem Vorerben gehöre. Hat sie der Vorerbe abgelöst lediglich, weil er als nunmehriger Eigentümer des Grundstückes dasselbe frei von derartigen Lasten haben wollte oder um einen ihm vielleicht günstigern Gläubiger zu suchen, so gehört der Pfandtitel zur Erbschaft und geht mit dem Nacherbfall auf den Nacherben über. Hat er die Hypothek aber unabhängig von seiner Stellung zum Erbschaftsgrundstück eingelöst, vielleicht, weil er auch sonst mit derartigen Titeln Handel trieb, so wird man sich dahin entscheiden müssen, daß die Eigentümerhypothek auf den Nacherben nicht übergehe[3].

Treten derart, kraft der sogenannten rechtsgeschäft-

[1] Cf. Feist: « Das Prinzip der dinglichen Surrogation ». Halle a. S., 1903, S. 21.

[2] Art. 744, Abs. 1, deutsches B. G. B., § 2111, Abs. 2.

[3] Ähnlich Strohal, l. c., S. 197, Anm. 19. Anders Planck, Anm. 2 zu § 2126. Hachenburg, S. 58. Breyer: « Die Surrogation bei Vermögen im B. G. B. », Marburg, 1905, S. 157, 158 meint: Die Hypothek als Ausfluß des Eigentumsrechtes stehe demjenigen zu, welcher Eigentümer des Grundstückes sei. Aus diesem unrichtigen Obersatz folgert er dann richtig, daß die Hypothek auch an den Nacherben übergehe, wenn der Vorerbe dieselbe aus eigenen Mitteln eingelöst habe.

lichen Surrogation Gegenstände in die Erbschaft ein, so sind sie dem Nacherben selbst dann herauszugeben, wenn sie einen größern Wert haben, als die für sie ausgeschiedenen Erbschaftsstücke. Es folgt dies deutlich aus dem Prinzip der Herausgabe in specie. Um aber dem Vorerben seinen Negationsgewinn zu erhalten, stehen ihm Ersatzansprüche für Verwendungen zu und zwar in der Höhe des Mehrwertes der Gegenstände [1]. Aus diesem Grunde ist auch diejenige Erwägung ausgeschlossen, wonach dem Nacherben der rechtsgeschäftliche Erwerb nur insoweit herauszugeben sei, als derselbe durch eine ordnungsgemäße Verwaltung des Vorerben notwendig eingelaufen sei.

Allein diese, auch auf den Mehrwert der Gegenstände sich beziehende Herausgabepflicht des Vorerben, erstreckt sich nicht auf verbrauchbare Sachen. Diese werden, gleichviel, ob sie kraft Surrogation in die Erbschaft eintraten oder zu Beginn der Vorerbschaft sich darin befanden, Eigentum des Vorerben, mit der Wirkung, daß sie rechtlich aus der Erbschaft ausscheiden und auch bei Eintritt des Nacherbfalles dem Nacherben nur ein Ersatzanspruch für sie gegeben ist. Sie gehören daher nicht zur Erbschaft [2] im Sinne des Art. 492, Abs. 1 [3].

An diese Fälle der rechtsgeschäftlichen Surrogation reihen sich diejenigen, da ein Ersatzgegenstand nicht durch Rechtsgeschäft des Vorerben in die Erbschaft gelangt. Unter diese sogenannte nicht rechtsgeschäftliche Surrogation fällt, was der Vorerbe als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung

[1] Cf. Art. 744, Abs. 1.

[2] Vergl. Art. 763, Abs. 1, Art. 743, Abs. 2. Dazu Motive z. deutschen B. G. B., S. 110.

[3] Dieser Grundsatz gilt nicht bloß für die rechtsgeschäftl., sondern auch für die nichtrechtsgeschäftl. Surr. ev. auch für überhaupt nicht kraft Surrog. in die Erbschaft eintretenden Gegenstände. Sein Hauptanwendungsgebiet ist jedoch die rechtsgeschäftl. Surrogation.

oder Entziehung eines Erbschaftsgegenstandes erhält [1]. Dazu gehören nicht bloß die Ersatzleistungen wegen Vernichtung und Verschlechterung von Erbschaftssachen durch menschliche Tätigkeit [2], sondern auch diejenigen wegen Vernichtung und Verschlechterung durch elementare Gewalt; also nicht bloß die Ersatzleistungen von Personen, welche derartige Gegenstände böswillig beschädigt, veräußert oder weggenommen haben, sondern auch die Versicherungsentschädigungen aus Brand-, Hagel-, Vieh-, Transport- und andern Versicherungsverträgen. Diese letztern Entschädigungen dürfen auch als Erwerb durch ein auf ein Erbschaftsgut bezügliches Rechtsgeschäft zur Erbschaft gerechnet werden, weil sie auf Grund eines Versicherungsvertrages geleistet werden [3]. Hierher gehören auch Expropriationsentschädigungen, nicht aber Entschädigungen, die der Person des Vorerben galten, wie Renten, Abfindungssummen, Unfallentschädigungen etc., weil Leben und Gesundheit des Vorerben nicht als zur Erbschaft gehörend betrachtet werden dürfen.

Diese Fälle der rechtsgeschäftlichen und nicht rechtsgeschäftlichen Surrogation beruhen zumeist [4] auf dem Satze: « res succedit in locum pretii et pretium succedit in locum

[1] Auch bei Schweigen des Entw. wird man ohne weiteres auch diese Fälle als zur « Erbschaft » gehörend betrachten dürfen. Auch Strohal, l. c., S. 198, Anm. 24 gibt zu, daß man sich auch für das deutsche B. G. B. zu deren Annahme entschließen könnte, « wenn eine positive Vorschrift fehlte ». Cf. deutsche B. G. B., § 2111, Abs. 1.

[2] Cf. unsere früheren Ausführungen S. 102. Cf. Art. 743, Abs. 1.

[3] Cf. Feist, l. c., S. 27 und 28. Ob z. B. eine staatliche Subvention zu nicht rechtsgeschäftl. Surrogation gehört oder nicht, hängt von der Bestimmung des juristischen Charakters derselben ab. Sicher ist, daß die Vorteile derselben auch dem Nacherben zu statten kommen müssen.

[4] Ausgenommen die oben S. 147 angeführten Fälle, in denen das subj. Kriterium, ob etwas zur Erbschaft gehöre oder nicht, zur Anwendung kommt (subj. Surrogation). Cf. Feist, l. c., S. 21.

rei.» Bei Anwendung dieses, in der Literatur [1] sehr angefochtenen Grundsatzes, ist aber immerhin bezüglich der rechtsgeschäftlichen Surrogation ein Vorbehalt zu machen; denn nicht zur Erbschaft gehören kraft dieses Prinzips die bei obligatorischen Rechtsgeschäften des Vorerben von seinem Gegenkontrahenten versprochenen Leistungen, solange der Vorerbe selbst die Leistung seinerseits noch nicht vollzogen hat. In solchem Falle gehört noch die Leistung, die der Vorerbe zu machen schuldig ist, zur Erbschaft. Ja, selbst dann, wenn der Gegenkontrahent des Vorerben seinerseits die Leistung bereits vollzogen hat, der Vorerbe aber noch nicht, gehört die — allerdings schuldige — Leistung des Vorerben immer noch zur Erbschaft. Hat hingegen der Vorerbe seine Leistung gemacht, sein Gegenkontrahent noch nicht, so gehört bloß mehr die Forderung zur Erbschaft [2].

Diese Grundsätze über Surrogation kommen in ganz gleicher Weise, wie bei der gewöhnlichen Nacherbeneinsetzung auch beim sogenannten Fideikommiß auf den Überrest, zur Anwendung [3]. Auch hier gehört alles, was im Moment des Nacherbfalles von der Erbschaft noch vorhanden ist, dem Nacherben. Dabei ist es gleichgültig, ob der Vorerbe aus Erbschaftsgeld etwas kaufe, oder aus der Erbschaft etwas verkaufe, das Surrogat gehört doch in die Erbschaft. Zwar wäre man hier geneigt, den Erlös aus veräußerten Erbschaftsgegenständen dem Vorerben zu belassen, aber nach dem Entwurf wäre eine solche Interpretation jedenfalls nicht angängig, weil das Fideikommiß auf den Überrest den gleichen Regeln bezüglich der Herausgabe untersteht, wie die gewöhn-

[1] Vergl. Scherer: Erklärung des Satzes: « res succedit in locum pretii et pretium succedit in locum rei ». Göttingen, 1890, S. 16. Feist, l. c., S. 10-11.

[2] Cf. Feist, l. c., S. 10. Beispiel bei Strohal, l. c., S. 198. Anm. 23.

[3] Vergl. S. 115.

liche Nacherbschaft. Es dürfte, mangels ausdrücklich gegenteiliger Verfügung, überhaupt auch dem Willen des Erblassers kaum entsprechen, wollte man die Herausgabepflicht des Vorerben nicht auch auf die Surrogate ausdehnen ; denn der Erblasser will vermutlich dem Nacherben alle Vermögensvorteile, die aus der Erbschaft herrühren und welche zur Zeit des Substitutionseintrittes noch im Besitz des Vorerben sind, zuwenden. Auf die Identität der Sachen kommt es ihm nicht an [1].

Mit den kraft Surrogation zur Erbschaft gehörenden Sachen ist die Reihe der Gegenstände, die der Herausgabe unterliegen, noch nicht erschöpft. Der Nacherbe hat vielmehr noch Anspruch auf Gegenstände, die ohne jede Surrogation zur Erbschaft vor Eintritt des Nacherbfalles hinzukamen. So gehört ihm einmal der Schatz, der in einem erbschaftlichen Grundstücke oder in einer zur Erbschaft gehörenden beweglichen Sache gefunden wird [2] ; denn der Erwerb des Schatzes ist ein Erwerb, der lediglich mit Rücksicht auf das Eigentum an einer der Nacherbfolge unterliegenden Sache erfolgt [3]. Dem Nacherben gehört ferner das durch Anschüttung, Anschwemmung, Bodenverschiebung, durch Veränderung im Lauf oder Stand eines öffentlichen Gewässers oder auf andere Weise aus herrenlosem Boden neu gebildete und zu einem vorerbschaftlichem Grundstück hinzugekommene Land [4]. Nicht kraft Surrogation gehört zur Erbschaft auch derjenige Erwerb, « welchen der Vorerbe durch Ersitzung eines zur Erbschaft zunächst nur tatsächlich gehörenden

[1] Cf. Rudolph, l. c., S. 16-17 v. Hammerstein-Gesmold, l. c., S. 43.

[2] Cf. Art. 713, Abs. 2.

[3] Cf. Motive z. deutschen B. G. B., l. c., S. 101.

[4] Selbstverständlich nur, wenn der Kanton, in dem die Neubildung des Landes erfolgte, keinen Anspruch darauf geltend macht. Cf. Art. 652, 653.

Gegenstandes macht [1]. » Daß das Recht des Nacherben sich auch auf einen dem Vorerben infolge Wegfalls eines Miterben angefallenen Erbteil sich erstrecke, dürfte im Zweifel zu verneinen sein [2]. Ebenso unterliegt der Herausgabe nicht, was dem Vorerben als Ersatzerbe anfällt.

Ist die Herausgabe der Erbschaft an den Nacherben vollzogen, so hat die Nacherbschaft nichts ungewöhnliches mehr an sich. Ihr weiteres Schicksal unterliegt den allgemeinen, für jede andere Erbschaft geltenden Regeln.

[1] Strohal, l. c., S. 197, Anm. 17.

[2] War der Vorerbe selber dem Miterben gegenüber in der Stellung eines Nacherben, so ist die Herausgabepflicht schon nach Art. 492, Abs. 2 ausgeschlossen. Vergl. auch Art. 572, Abs. 2 und 542, Abs. 2.

Freiburg (Schweiz). St. Paulus-Druckerei.